

LUISS - LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI

GUIDO CARLI

Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico

XXII ° Ciclo

Tesi di dottorato

***Le Adr e i poteri giustiziali presso le Autorità indipendenti
(i casi di Bankitalia, Consob e Agcom)***

Tutor

Ill.mo Prof.

Francesco Capriglione

Co-tutor

Ill.ma Prof.ssa

Mirella Pellegrini

Dottoranda

Francesca Mariani

INDICE

LE ADR E I POTERI GIUSTIZIALI PRESSO LE AUTORITÀ INDIPENDENTI (I CASI DI BANKITALIA, CONSOB E AGCOM)

CAPITOLO I.....	4
ADR E ARBITRATI ISTITUZIONALIZZATI	4
1. Introduzione e finalità dell'indagine	4
2. I metodi di risoluzione alternativa delle controversie in generale	8
3. Cenni sulle singole tipologie di ADR	13
4. La diffusione dei metodi di risoluzione alternativa delle controversie	19
5. ADR affidate alle Autorità indipendenti	24
6. I principi europei in materia di ADR.....	36
a). Il Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia	37
b). La Raccomandazione 98/257/CE.....	40
c). La Raccomandazione 2001/310/CE.....	47
d). La Direttiva 2008/52/CE e cenni alla mediazione italiana	50
e). La recente proposta di Direttiva sulle ADR.....	61
7. Gli indicatori di qualità dei sistemi ADR di natura decisoria	71
a). Gli indicatori dell'alternatività rispetto alla giustizia ordinaria.....	73
b). Gli indicatori del valore aggiunto rispetto alla giustizia ordinaria	77
 CAPITOLO II	 80
L'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO PRESSO BANKITALIA E LA CAMERA DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO PRESSO LA CONSOB	80
1. L'ABF e la Camera in generale	80
2. Il fondamento comune dell'ABF e della Camera	94
3. La notorietà e la diffusione dei sistemi dell'ABF e della Camera	101
4. Imparzialità, indipendenza e specializzazione dell'ABF e della Camera	114
5. Regole, contraddittorio e costi davanti all'ABF e alla Camera	131
6. Effettività della tutela davanti all'ABF e alla Camera	140
 CAPITOLO III.....	 159
L'ARBITRATO PRESSO L'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI..	159
1. L'arbitrato Agcom in generale	159
2. Il fondamento normativo del potere giurisdizionale dell'Agcom	170

3. La notorietà e la diffusione del sistema giustiziale dell'Agcom	176
4. Imparzialità, indipendenza e specializzazione degli Arbitri Agcom	184
5. Regole, contraddittorio e costi davanti all'Agcom	200
6. Effettività della tutela davanti all'Agcom	211
CONCLUSIONI.....	226
BIBLIOGRAFIA.....	236

CAPITOLO I

ADR E ARBITRATI ISTITUZIONALIZZATI

1. Introduzione e finalità dell'indagine

La recente introduzione, nel nostro ordinamento, della cosiddetta mediazione obbligatoria in ambito civile e commerciale¹ offre l'occasione per approfondire il tema dei metodi di risoluzione alternativa delle controversie, intesi, in estrema sintesi, come quel complesso organizzativo (costituito da organismi, pubblici o privati, da persone e mezzi) che permette ad uno soggetto o più soggetti di risolvere una controversia in atto senza rivolgersi alla Magistratura e, dunque, (di qui la definizione) tramite una via *alternativa* a quella giurisdizionale.

Si tratta, come ben noto, di una materia assolutamente vasta ed anche antica, la quale, peraltro, è in continua evoluzione, essendo crescente, per una serie di motivi che saranno più avanti ricordati, la domanda di giustizia alternativa da parte dei soggetti coinvolti in una lite.

Pertanto, nell'ambito di detta materia, le questioni da trattare saranno selezionate per esaminare quelle forme di risoluzione alternativa delle controversie che sono connotate da significative specificità e che, verosimilmente per questo motivo, sono state espressamente "fatte salve" dal predetto decreto che ha rivisitato l'intera disciplina delle ADR, e che ne ha, dunque, all'evidenza, riconosciuto l'originalità nonché il buon funzionamento.

¹ La cosiddetta mediazione obbligatoria è stata introdotta con il Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, recante "*Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n.69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 5 marzo 2010, n. 53, così recependo la Direttiva n. 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 24 maggio 2008, L136.

Il riferimento è, principalmente, a tre metodi di risoluzione alternativa delle controversie di natura decisoria residenti presso altrettante Autorità indipendenti (o comunque dalle stesse disciplinati).

In particolare, infatti, l'interesse del lavoro è rivolto al procedimento svolto dinanzi alla Banca d'Italia nella materia dei contratti bancari e finanziari, tramite l'Arbitro Bancario Finanziario, a quello per la risoluzione delle liti in materia di telefonia, di Internet e di televisione che è di competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, nonché, in via residuale, al procedimento arbitrale "ipotizzato" dinanzi alla Consob, tramite la Camera di conciliazione e arbitrato, di istituzione più o meno coeva all'Arbitro Bancario Finanziario (l'uso del termine "ipotizzato" si giustifica in vista del fatto che l'attività di arbitrato, allo stato, non è ancora avviata)².

Detti procedimenti, e da ultimo, in ordine temporale, quelli disciplinati dal ricordato decreto sulla cosiddetta mediazione civile e commerciale, hanno senza dubbio una matrice comune, che si rinviene nella disciplina comunitaria che ha dettato le regole da applicarsi per la risoluzione extragiudiziale delle controversie, che dunque saranno previamente ricordate.

Ma i primi, oggetto del presente lavoro, sono inoltre contraddistinti da spiccata singolarità e da eterogeneità, come si evidenzierà nel prosieguo, poiché ognuno di essi conduce ad esiti diversi per l'utente che ne richiede l'avvio.

² Come accennato nel testo, si tratta di procedure che il citato decreto legislativo n. 28/2010 contempla senza ricomprenderle nella propria disciplina. L'articolo 5, comma 1, del predetto decreto, in particolare, si riferisce al procedimento dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario e alla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob quali possibili vie per soddisfare la condizione di procedibilità dell'azione giudiziale in materia bancaria o finanziaria, in alternativa alle forme di risoluzione stragiudiziale delle controversie disciplinate nel decreto stesso (l'equiparazione tra ABF e tali forme, peraltro, è singolare, in quanto il primo non è un procedimento finalizzato alla conciliazione, come le seconde, bensì ad una decisione vincolante. Di ciò, comunque, si tratterà nel prosieguo). L'arbitrato residente presso l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, invece, la cui prima fase è costituita da un tentativo di conciliazione (simile a quelli disciplinati dal decreto in questione) è implicitamente contemplato dall'articolo 23 del medesimo decreto, laddove è stabilito che *"Restano ferme le disposizioni che prevedono i procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati, nonché le disposizioni concernenti i procedimenti di conciliazione relativi alle controversie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile. I procedimenti di cui al periodo precedente sono esperiti in luogo di quelli previsti dal presente decreto"*.

Detti procedimenti peraltro, diversamente dalla mediazione oggi “universalizzata” grazie al predetto decreto, costituiscono forme alternative di risoluzione delle liti di natura “decisoria”, ove, quindi, contrariamente a quanto avviene nei procedimenti di mediazione, la soluzione della lite compete ad un soggetto terzo (e non più alle parti), al quale dunque è attribuito un vero e proprio potere decisionale, assolutamente analogo (ma pur sempre *alternativo*) a quello che competerebbe al Magistrato in sede giurisdizionale.

Di qui deriva, infatti, la definizione spesso utilizzata di “potere giustiziale”, per descrivere la natura della competenza e gli effetti di quelle decisioni allorquando esse sono pronunciate non da un soggetto terzo qualsivoglia (come avviene nell’arbitrato tradizionale), bensì da un’Amministrazione pubblica (o, come si vedrà, da un soggetto pubblico ad essa strutturalmente collegato), la quale, nell’esercizio delle sue funzioni, emana un atto – più o meno vincolante – atto a dirimere una lite tra privati, fornendo dunque un “arbitrato istituzionalizzato”.

In tali casi, peraltro, l’impronta pubblicistica delle decisioni, che sono espressione, in definitiva, di una funzione pubblica, fa sorgere la necessità di classificare o definire tale funzione, per comprendere ove essa si colloca (e, più precisamente, come essa si giustifica) nell’ambito dell’ordinamento.

In altre parole, per tali ipotesi di risoluzione delle liti la preoccupazione è generalmente quella di comprendere – a livello sistematico – sulla base di quali norme e di quali garanzie un soggetto pubblico non appartenente alla Magistratura, e dunque non caratterizzato (perlomeno non espressamente già nel testo costituzionale) dalle autonomia e indipendenza tipiche della stessa, possa essere attribuita la funzione di dirimere controversie con un atto vincolante.

Nella presente indagine, quindi, nella trattazione di quelle forme alternative di giustizia che, come detto, sono state “riservate” nel decreto mediazione per le loro specificità e che rientrano nei cosiddetti “poteri giustiziali” cui si è accennato, si cercherà di individuare, per ognuna di esse, i motivi e le garanzie della loro esistenza.

Inoltre, considerato che oramai i predetti metodi giustiziali sono divenuti parte integrante del vissuto della nostra società (e i dati di afflusso ne danno

conferma), le questioni saranno trattate anche da una diversa angolazione, più “pragmatica”, coincidente con la visuale che di tali metodi alternativi possono avere i fruitori degli stessi, vale a dire tutti i soggetti che, essendo coinvolti in una controversia in atto, decidano di avvalersene.

Si cercherà allora in primo luogo di verificare, in maniera puntuale (cioè avendo riguardo allo specifico atteggiarsi dei singoli metodi esaminati) se essi meritino davvero la definizione di sistemi “giustiziali”, idonei, cioè, a dare giustizia nel senso naturale del termine, potendo quindi oggettivamente fregiarsi dell’attributo di “alternativo” (se non addirittura migliore) rispetto alla giustizia tradizionale.

In più, tenuto conto, che in generale, la previsione di metodi alternativi di risoluzione delle controversie, giustiziali o meno che siano, risponde ad esigenze che non sono soltanto di “potenziamento” del sistema della tutela dei diritti, bensì anche di ottimizzazione e perfezionamento dello stesso, di volta in volta si analizzerà anche se i metodi esaminati siano effettivamente atti a garantire, per gli utenti interessati, un *quid pluris* di tutela che ne giustifichi la scelta rispetto alla giustizia tradizionale.

In altre parole lo scopo del lavoro sarà quello di valutare se i predetti procedimenti giustiziali siano realmente efficaci come “servizi” che l’ordinamento (per il tramite di istituzioni “eccellenti” quali le Autorità indipendenti) offre al cittadino per la risoluzione di specifiche problematiche, ovvero se si tratti solamente di procedimenti che, impedendo o comunque ritardando l’accesso alla giustizia tradizionale, si risolvono, in definitiva, in un ostacolo più o meno temporaneo alla soddisfazione dei diritti.

Per sviluppare tale indagine, si farà riferimento ad alcuni “indicatori di qualità” dei metodi ADR, vale a dire ad alcune caratteristiche tipiche che – in base alla complessiva legislazione in materia, di matrice prettamente comunitaria – sono suscettibili di rivelare il buon funzionamento del sistema di ADR per la clientela (si pensi, ad esempio, alla velocità della risoluzione della lite, alla tendenziale gratuità del procedimento, alla effettività della tutela garantita, e così via).

In pratica, dunque, si tratterà di verificare come si atteggiavano i predetti indicatori di qualità nell'ambito dei tre metodi in questione, così da poterne valutare, in definitiva, il buon funzionamento, con la finalità di soddisfare il lavoro di indagine descritto.

Prima di iniziare l'esame dei metodi ADR prescelti, tuttavia, si ritiene opportuno un breve cenno introduttivo sulla generalità delle forme alternative di risoluzione delle controversie e sui motivi della loro diffusione, anche per permettere una più completa comprensione dell'atteggiarsi dei singoli metodi esaminati nel prosieguo.

Sussiste inoltre la necessità di una preliminare illustrazione, perlomeno "panoramica", dei principi comunitari in materia, espressi in diversi provvedimenti europei i cui contenuti sono stati richiamati ovvero ribaditi nella normativa interna. Tale illustrazione permetterà, infatti, di individuare quali sono gli indicatori di qualità più rilevanti in un servizio di ADR e agevolerà la valutazione di quelli dei metodi in esame.

2. I metodi di risoluzione alternativa delle controversie in generale

Per una illustrazione generale sui mezzi alternativi di risoluzione delle controversie, occorre in primo luogo ricordare che con l'acronimo ADR (*alternative dispute resolution*)³ ci si riferisce, generalmente, ad una compagine piuttosto eterogenea di procedure – più o meno compiutamente disciplinate a

³ Occorre ricordare che accanto alla tradizionale definizione ricordata nel testo, da cui l'acronimo ADR, dal medesimo acronimo è stata poi ricavata la diversa definizione di "*appropriate*" *dispute resolution*, per enfatizzare, in una parola, i benefici che tali metodi possono comportare, oltre che per il sistema in generale, anche rispetto alle specificità delle singole tipologie di controversia, essendo certamente più duttili e plasmabili per le esigenze del caso concreto di quanto lo sia il sistema della giustizia ordinaria. Si veda al riguardo MARICONDA, C., *ADR tra mediazione e diritti*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2008, p. 9, che descrive il predetto fenomeno, originato negli Stati Uniti: "Una tendenza recentissima, volendo attestare con un certo gusto pubblicitario il successo delle forme di soluzione alternativa delle controversie, ha cambiato l'indicazione della prima lettera dell'acronimo, da *alternative* che sta appunto ad indicare un'alternativa rispetto al ricorso alle courts, in "*appropriate*" che sta invece a significare la maggiore rispondenza agli interessi concreti delle parti di questo tipo di soluzioni".

livello normativo o anche contrattuale – finalizzate, in una parola, alla “trattazione” delle liti fra privati in un ambito diverso da quello della tradizionale sede giurisdizionale.

Benché si tratti di forme eterogenee, nel concetto di detta “trattazione” si tende principalmente ad individuare due diverse modalità di elaborazione delle controversie, da cui deriva, in estrema sintesi, l’esistenza di due macrocategorie di ADR che si pongono l’una all’opposto dell’altra; entrambe comprendono, inoltre, svariate forme di ADR che, sostanzialmente, appartengono all’una o all’altra categoria in virtù della specifica tipologia di approccio al conflitto che le caratterizza o della concezione del conflitto stesso ad esse sottesa.

Per sintetizzare, sul punto si potrebbe affermare che le due macrocategorie di metodi ADR si differenziano perché nell’una la trattazione del conflitto è intesa come *gestione* dello stesso mentre, nell’altra, la trattazione è da intendersi come *definizione* del conflitto.

In particolare, infatti, nella prima macrocategoria solitamente possono farsi rientrare tutti quei metodi di risoluzione caratterizzati da una qualche forma di *negoiazione* fra le parti, a prescindere, quindi, dall’atteggiarsi tipico di ciascun metodo e dagli effetti dal medesimo determinati.

Alla seconda macrocategoria, invece, si riconducono tutti quei metodi in cui la soluzione del conflitto si determina in virtù dell’*aggiudicazione* totale o parziale del bene della vita oggetto del contendere ad una (o eventualmente a più) delle parti coinvolte.

In altre parole, dunque, i metodi ADR solitamente si distinguono tra negoziali ed aggiudicativi e, sotto un altro profilo di esame, strettamente connesso al primo, la distinzione tra gli stessi è ricavabile anche dalla constatazione del loro diverso atteggiarsi rispetto alla lite in sé.

Nei primi, in altre parole, il conflitto è concepito in maniera “relativa”, vale a dire come naturale espressione della molteplicità di interessi che convivono

all'interno della società, anche a prescindere da una loro classificazione in termini di giustizia ed equità e, quindi, in definitiva, di meritevolezza di protezione⁴.

In questo senso, pertanto, nei metodi negoziali l'attenzione è principalmente rivolta alle modalità con le quali il conflitto si manifesta e alle sue conseguenze, che, impedendo lo svolgimento dei rapporti intersoggettivi, devono – come detto – essere gestite.

Per tale gestione, peraltro, nei metodi negoziali sono ampiamente valorizzate la responsabilità e la capacità decisionale delle parti coinvolte nel conflitto, che così partecipano alla integrazione dei legami sociali che si creano nella trattazione e composizione del conflitto⁵.

Nei metodi Adr aggiudicativi, per contro, l'attenzione è tipicamente rivolta alle cause e ai motivi del conflitto, che devono essere eliminati o risolti in radice, ed infatti in questi casi il conflitto è concepito in maniera più “assoluta”, come scontro tra ciò che è “giusto” e ciò che non lo è, secondo gli schemi tipici del diritto.

Conseguentemente, tali ultimi metodi sono più o meno caratterizzati da una maggiore rigidità delle procedure e, soprattutto, nel corso del loro

⁴ Sul punto si segnala la spiegazione della forma Adr della “mediazione”, rientrante – appunto – nei metodi negoziali, data da COSI, G. *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 2, laddove precisa che nella mediazione “non si tratta soltanto di fare reciproche concessioni per raggiungere un accordo, ma di prospettare possibilità e inventare alternative per una “vittoria comune”. Tanto meno è giudizio: non si tratta di decidere, di “tagliare” con la spada della giustizia per separare una ragione da un torto, un'innocenza da una colpevolezza, al fine di attribuire responsabilità. Mentre il giudizio guarda al passato per raccogliere gli elementi su cui fondare la sua “verità”, la mediazione è rivolta al futuro per generare opportunità. La sua logica non è quella escludente dell'aut aut e del tertium non datur, ma quella inclusiva dell'et-et. In questo senso, soprattutto, è radicalmente alternativa al modello giudiziario standard di risoluzione dei conflitti” (in neretto le parole evidenziate o riportate in corsivo dall'Autore).

⁵ TROISI, C., *Autonomia privata e gestione dei conflitti. La mediazione come tecnica di risoluzione alternativa delle controversie*. Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, p. 49 e ss.. L'Autrice così illustra l'atteggiarsi della mediazione: “La mediazione non si riduce ad una semplice alternativa alla giustizia, ma rappresenta una modalità di regolazione sociale che si affianca al diritto nella gestione delle situazioni conflittuali e se ne differenzia sul piano dei principi e dell'atteggiamento verso il conflitto: mentre il diritto tende ad accaparrarsi gli spazi riducendo la capacità decisionale dei singoli, la mediazione tende a restituire la capacità decisionale e la responsabilità nella gestione dei conflitti alle persone coinvolte nel conflitto. Tale differenza ha la funzione di delimitare le sfere di competenza per ottenere una più efficace integrazione dei sistemi, dal momento che la mediazione, strumentale alla gestione dei legami sociali, necessita dell'apporto delle garanzie tipiche del diritto”.

svolgimento il potere decisionale delle parti cede il passo alla applicazione eterodeterminata (cioè da parte di un terzo) di principi e norme ricavati dall'ordinamento giuridico nel suo complesso⁶.

In quest'ultimo senso, peraltro, un'ulteriore distinzione è stata fatta tra i mezzi di risoluzione (alternativa o meno) delle controversie cosiddetti "autonomi" (quelli negoziali) e quelli "eteronomi" (giudizio o arbitrato), evidenziandone comunque la sostanziale equivalenza e fungibilità ai fini che interessano il soggetto che li attiva⁷.

⁶ Si veda BARTOLOMUCCI, P., in *Codice del consumo, Commentario*, a cura di Guido Alpa e Liliana Rossi Carleo Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2005, 848 e ss., articolo 141, *Composizione extragiudiziale delle controversie*. L'Autore spiega che, ferme le distinzioni evidenziate nel testo, nel panorama delle metodologie ADR, tra loro differenti, si rinvergono comunque dei tratti fondamentali comuni (scopo, informalità, elasticità dei metodi, riservatezza, tempi brevi, costi ridotti). Al riguardo vale la pena di osservare sin da ora che si tratta di aspetti che si ritrovano infatti disciplinati nei principi enunciati a livello europeo. L'Autore fornisce una breve illustrazione di ognuno delle elementi comuni: "a) *Lo scopo*: tutte le procedure alternative di risoluzione delle controversie tendono al raggiungimento di un accordo che ponga fine ad una controversia precedentemente insorta tra le parti. Anche l'accordo ha delle caratteristiche sue proprie, in quanto esso non si basa necessariamente sulla distribuzione di torti e ragioni; si tratta, invece, di un accordo che tutte le parti ritengono soddisfacente. Il grado di soddisfazione viene spesso valutato sulla reale e concreta possibilità per le parti di proseguire un rapporto commerciale e/o contrattuale già tra loro intercorso; b) *L'informalità*: tale caratteristica va letta in due accezioni. Per un verso essa consiste nell'assenza di procedure rigide ed immutabili, definite per legge; per altro verso, in ragione dell'attenuazione degli schemi procedurali, essa consente alle parti ampi spazi di gestione, che meglio si adattano alle esigenze e alle circostanze del caso; c) *L'elasticità dei metodi*: per raggiungere un accordo le parti sono libere di scegliere diverse metodologie, che vanno dalla negoziazione diretta tra le parti (o loro rappresentanti) sino a quelle che prevedono sempre la presenza di un terzo, che però può avere di volta in volta ruoli diversi, ora come semplice facilitatore (che avvicina le posizioni delle parti e favorisce il dialogo), ora come valutatore (chiamato a esprimere un proprio parere e ad avanzare proposte di soluzione); d) *La riservatezza*: non vi sono vere procedure di ADR se non vi è il divieto assoluto per le parti, il terzo è per tutti coloro che a vario titolo partecipano ad esse, di riferire quanto è avvenuto durante gli incontri, ovvero di produrre altrove documenti che siano stati elaborati nell'ambito di tali incontri. Tale riservatezza deve essere assoluta nel senso che essa vale sia nel caso di un eventuale giudizio ordinario successivo (in esito al fallimento del tentativo), sia in altre circostanze in cui l'utilizzo di informazioni e/o materiali della procedura possa comportare una violazione di quest'obbligo (si pensi ad esempio al caso del terzo – facilitatore o valutatore – che successivamente sia chiamato ad assumere le vesti di consulente per una delle parti della procedura e, in tale posizione, possa rivelare scelte e strategie della controparte concorrente, delle quali sia venuto a conoscenza durante la procedura); e) *I tempi* generalmente brevi; f) *I costi* generalmente ridotti".

⁷ LUISO, F.P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in www.judicium.it. L'Autore, in particolare, sottolinea che "Gli strumenti eteronomi si caratterizzano per il fatto che è un terzo a porre tali regole, con un atto ovviamente vincolante per le parti. Il terzo a sua volta può essere un soggetto che ha il potere di vincolare le parti in virtù della sua posizione istituzionale (il giudice); oppure un soggetto che ha il potere di vincolare le parti in virtù della volontà delle parti stesse (l'arbitro)". Fatte queste premesse, l'Autore spiega efficacemente che dal punto di vista della funzione si tratta di metodi assolutamente analoghi per l'utilizzatore: "Ebbene, tutti questi

La sopra descritta distinzione non comporta, naturalmente, che i metodi ADR aggiudicativi siano da considerare come una specie meno rilevante nell'ambito della categoria dei metodi ADR, poiché troppo simile ai metodi di risoluzione giurisdizionale delle liti, dei quali per contro dovrebbero costituire un'alternativa.

In verità, infatti, esattamente all'opposto, nell'ambito dei metodi ADR, i metodi aggiudicativi sono proprio quelli nei quali il concetto di *alternatività* rispetto alle forme di giustizia tradizionale assume la sua portata più significativa ed esplica la sua reale efficacia.

A ben vedere, invero, è proprio la "similitudine" tra i rimedi giurisdizionali e i metodi ADR aggiudicativi (nel senso più o meno lato che si esaminerà nel prosieguo per alcune procedure) a garantire ai soggetti coinvolti che, accedendo al metodo ADR, si perviene ad una composizione della lite che è possibile ritenere equa e giusta nel senso tradizionale del termine, pur se attraverso una modalità nuova rispetto alla tradizionale.

In altre parole, soltanto quando si intraprendono percorsi quantomeno analoghi alla giustizia tradizionale (caratterizzati, per esempio, da un minimo di regole procedurali e dalla presenza di un terzo che si pronuncia sull'oggetto del contendere) può effettivamente argomentarsi di una via *alternativa* per la composizione della lite, nel senso etimologico del termine⁸.

Allorquando, invece, alla composizione della lite si perviene tramite i metodi puramente negoziativi, la portata del concetto di *alternatività* rispetto alla

strumenti sono del tutto equivalenti e fra di loro fungibili in ordine ai risultati. L'efficacia vincolante di una sentenza, di un lodo, di una transazione (o di un qualunque altro contratto che ha come causa la risoluzione della controversia) sono perfettamente equivalenti. Del resto, se così non fosse – e cioè se potesse istituirsi una graduatoria di efficacia fra sentenza, lodo e contratto – questi ultimi due non realizzerebbero una risoluzione alternativa della controversia: che, per essere alternativa, deve appunto essere equivalente”.

⁸ La posizione non è assolutamente condivisa. Sul punto si vedano DI ROCCO, M. e SANTI, A., *La conciliazione. Profili teorici e ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Milano, 2003, p. 82, secondo cui, al contrario, i metodi aggiudicativi sarebbero troppo simili al sistema giudiziale per essere considerati alternativi. Pertanto, così ragionando, rientrerebbe nelle ADR soltanto “quella categoria di metodi puramente consensuali, realmente alternativi al giudizio (estranei, quindi, alla prospettiva giudiziale ...)”. Si noti come la tesi è esattamente opposta a quella espressa nella citazione di cui alla nota precedente.

giustizia tradizionale risulta davvero molto sfumata, poiché le due possibili soluzioni (negoziiazione e giurisdizione) non sono in realtà neanche comparabili ed infatti generalmente conducono ad esiti diversi (nel senso che, nell'ambito di una negoziazione, è inusuale che una parte riconosca all'altra tutto ciò cui quest'ultima avrebbe diritto, mentre un simile esito non è affatto inusuale nell'ambito dei metodi aggiudicativi)⁹.

3. Cenni sulle singole tipologie di ADR

Ciò premesso per quanto riguarda i metodi ADR in linea generale, si segnala, per completezza, che ad ognuna delle due macrocategorie sopra indicate (metodi negoziali o facilitativi e metodi valutativi o aggiudicativi) rientrano, come detto, varie forme di ADR.

Senza pretese di esaustività, preme qui ricordare che fra i metodi non aggiudicativi suole innanzitutto annoverarsi la negoziazione (diretta o indiretta, vale a dire, in quest'ultimo caso, effettuata con l'ausilio di un rappresentante della parte), che può essere intesa come un processo formale o informale attivato tra due o più parti – nessuna delle quali si trova in posizione di prevalenza sulle altre¹⁰ – per raggiungere un accordo che contempa una soluzione soddisfacente per tutte rispetto ad un problema individuato, condiviso dalle stesse¹¹.

⁹ Anche COSI, G., *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 3, ritiene che i mezzi aggiudicativi (nella specie, l'arbitrato) non possano essere seriamente considerati come effettivamente alternativi alla giustizia ordinaria, in quanto troppo simili: "L'arbitrato è una procedura secondo cui le parti si accordano per sottomettere la loro controversia alla valutazione di un terzo (singolo o collegio) arbitro imparziale. Il risultato della procedura è di solito una decisione (lodo) variamente vincolante. Proprio per le sue caratteristiche aggiudicative, si tende sempre meno a considerarlo una procedura veramente "alternativa" al modello standard".

¹⁰ Sulle varie tipologie di negoziazione si veda TROISI, C., *Autonomia privata e gestione dei conflitti. La mediazione come tecnica di risoluzione alternativa delle controversie*. Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, p. 92 e ss., che distingue tra negoziazione distributiva e negoziazione cooperativa: "La prima consiste in un processo attraverso il quale le parti si dividono e si assegnano il bene per cui negoziano attraverso pressioni e concessioni reciproche (rientra in tale schema anche la transazione). Si sviluppa quando i negoziatori sono impegnati nella distribuzione di una risorsa limitata rispetto alla quale possiedono interessi contrapposti. In

Si tratta dunque di una metodologia che ha tipicamente un approccio di collaborazione e non di antagonismo, benché non sia escluso che nel corso della negoziazione vi possa essere un riferimento – più o meno volontario – ad impostazioni prettamente derivanti dall’ordinamento giuridico (per esempio dai principi generali), per contro normalmente applicate nei sistemi di risoluzione contenziosa delle liti.

Ciò potrebbe avvenire per il fatto che il valore di determinate norme è accettato e condiviso non in quanto posto dal Legislatore bensì in quanto riconosciuto come fondante la società civile. D’altro canto, è stato fatto anche notare che nella negoziazione – e nelle ADR in generale – si verifica il *paradosso* che nonostante l’indebolimento del valore decisionale dell’ordinamento giuridico,

questo caso il gioco che si instaura è “a somma zero”. La zona negoziale è definita dai punti di resistenza dei negoziatori che coincidono con il minimo di utilità che le parti ricaverebbero comunque, anche in assenza di un accordo. La negoziazione distributiva, da una parte, deve cercare di stimare dove si colloca il punto di resistenza della controparte, per ottenere il massimo senza rischiare rotture; dall’altra, deve manipolare la percezione della situazione della controparte per indurla a fare la concessione più grande. La negoziazione cooperativa (o integrativa), invece, presuppone la possibilità che i negoziatori possano soddisfare i loro reciproci interessi attraverso la creazione di alternative e la promozione dello sforzo congiunto delle parti per risolvere il conflitto (spirito conciliativo). Per negoziare in forma cooperativa, pertanto, è necessario scindere le persone dal problema, concentrarsi sugli interessi e non sulle posizioni e generare opzioni soddisfacenti per tutte le parti. La negoziazione integrativa si sviluppa quando i negoziatori sono impegnati nella ricerca di un valore aggiunto per entrambi. In questo caso, il gioco che si instaura è “a somma variabile”. Mentre nei negoziati distributivi l’unica strategia possibile degli attori è quella rivendicativa, nei negoziati integrativi essi hanno due possibilità: creare valore e rivendicare valore. Nei negoziati di natura integrativa che durano nel tempo, gli attori possono imparare a rinunciare alla massimizzazione dei loro interessi di breve termine in virtù di quelli di lungo periodo”.

¹¹ Molto interessante sull’atteggiarsi delle possibili tecniche di negoziazione e sulla importanza di un’adeguata formazione in materia (onde non vanificare qualsiasi sforzo cooperativo) è l’esempio “delle due sorelline che si contendono un’arancia per motivazioni – senza saperlo – radicalmente opposte: l’una è interessata alla buccia per farne dei canditi, l’altra alla polpa per fare una spremuta. L’approccio “istintivo” di entrambe le sorelle è quello di rivendicare inizialmente per sé tutta l’arancia, per poi eventualmente concedere, poco a poco, una parte di essa, fino a giungere ad una spartizione matematicamente equa del frutto. Scoperte le reali motivazioni delle contendenti, i negoziatori cooperativi risolverebbero invece il caso in modo assai più brillante oltre che economicamente efficiente, proponendo che una prenda tutta la polpa e l’altra tutta la buccia” descritto da DE PALO, G., D’URSO, L., GOLANN, D., *Manuale del conciliatore professionista. Procedure e tecniche per la risoluzione alternativa delle controversie civili e commerciali*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 16.

si possono raggiungere livelli di tutela più avanzati per gli interessati, finanche in relazione a situazioni non codificate ma socialmente riconosciute¹².

Accanto alla negoziazione, tra queste forme ADR si rinvencono la conciliazione e la mediazione, la cui definizione è spesso utilizzata alternativamente, come sinonimo, il che effettivamente sembra possibile dato che in entrambe le relative procedure le parti tentano di pervenire ad un accordo grazie all'ausilio di un terzo soggetto, denominato, appunto, conciliatore o mediatore.

Qualora invece si volesse individuare una differenza concettuale, potrebbe farsi leva sul significato proprio delle parole: mentre il concetto di mediazione evoca un percorso, dunque un procedimento dinamico, il concetto di conciliazione sembra effettivamente soltanto indicare un momento preciso e statico di quel medesimo percorso, vale a dire quello, peraltro eventuale, del suo esito positivo, in cui le contrapposte posizioni (per le quali si è mediato) infine si incontrano (conciliano)¹³.

Elemento comune ai procedimenti di mediazione/conciliazione, come già osservato, è dunque quello della figura di un soggetto terzo, tipicamente imparziale, che attraverso il proprio consiglio cerca di agevolare le parti nel trovare un punto d'incontro, dando loro la possibilità di transitare da una situazione di conflittualità ad una di alleanza. Alle parti, infatti, è data la possibilità di proseguire un discorso interrotto a causa della patologia in atto e di riappropriarsi, dunque, della capacità di affrontare e governare un conflitto.

E' opinione diffusa, conseguentemente, che l'autonomia dei procedimenti in questione rispetto all'ambito giudiziale, e la correlata assenza di rigide regole e

¹² TROISI, C., *Autonomia privata e gestione dei conflitti. La mediazione come tecnica di risoluzione alternativa delle controversie*. Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, p. 49 e ss.. L'Autrice, in particolare, porta l'esempio delle obbligazioni naturali e della famiglia di fatto.

¹³ Tale ricostruzione è ad esempio ricavabile dall'esame del già citato decreto sulla mediazione nelle materie civili e commerciali, che, da un lato, nella definizione di *mediazione*, prescinde espressamente dalla denominazione delle singole procedure, attribuendo rilievo soltanto alle modalità operative delle stesse (la definizione infatti così recita: *l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*) e, dall'altro, all'articolo 11, utilizza il termine *conciliazione* per indicare l'accordo delle parti.

categorie legali, offra ai soggetti coinvolti un'opportunità di contatto e di comunicazione, che può condurre ad un miglioramento delle originarie posizioni nei rapporti intersoggettivi.

Da ultimo si segnala che rispetto al coinvolgimento oggettivo del terzo (non a quello soggettivo, mai contemplato) la mediazione/conciliazione può distinguersi in “facilitativa” e “valutativa”, a seconda delle modalità operative di cui si fa carico il mediatore/conciliatore: nella prima, in pratica, il terzo si “limita” ad agevolare le parti nella ricerca della soluzione condivisa, nella seconda, per contro, elabora e sottopone alle parti stesse una possibile soluzione della vicenda litigiosa, dalla cui mancata accettazione potrebbero derivare effetti in una successiva eventuale fase giudiziale¹⁴.

Nell'ambito delle forme ADR aggiudicative, invece, rientra l'arbitrato, come sistema praticamente esclusivo, suscettibile, tuttavia, di atteggiarsi in maniera anche significativamente differente a seconda delle regole applicate e dei contesti in cui si svolge.

In ogni caso, caratteristica comune a tutti gli arbitrati, a prescindere dalla disciplina applicabile, è sempre quella della presenza di un organo terzo che può definire, risolvere, la controversia insorta, con efficacia più o meno vincolante a seconda dei casi.

¹⁴ Già utilizzata nel decreto di riforma del diritto societario (decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, recante “*Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366*”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della repubblica italiana n. 17 del 22 gennaio 2003 - Supplemento Ordinario n. 8, la mediazione valutativa ha avuto ingresso anche nell'attuale decreto mediazione, laddove l'articolo 11, comma 1, prevede che “*Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento*”. La norma però è stata oggetto di critiche per il fatto che la mancata accettazione della proposta (formulata, secondo le critiche, da un soggetto non tecnicamente idoneo) può comportare le conseguenze previste dal successivo articolo 13, secondo cui “*Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4*”.

L'arbitrato più noto è senz'altro quello disciplinato nella sua interezza dal Codice di diritto processuale civile¹⁵, il cui provvedimento finale può normativamente assumere il valore di sentenza, ma si rinvengono nell'ordinamento e nella società varie altre forme di arbitrato, istituzionalizzate o contrattuali, certamente altrettanto (se non ancor più) idonee a garantire l'adozione di un atto dirimente della controversia, in ipotesi grazie a strumenti che, pur non realizzando l'efficacia esecutiva del provvedimento, ne attuano una sorta di coazione indiretta¹⁶, come si vedrà nei capitoli dedicati all'esame degli arbitrati oggetto del presente lavoro.

Tra le varie forme di arbitrato che le parti possono contrattualmente prevedere senza ricorrere al modello disciplinato dal Codice processuale, sono state indicate alcune forme cosiddette "ibride" di arbitrato, così denominate poiché recano la commistione di elementi tipici dell'arbitrato con altre forme di ADR, in quanto *"uno dei vantaggi principali di un sistema dinamico di risoluzione dei conflitti consiste nella ricerca costante di formule in grado di individuare i meccanismi sufficienti perché sia la proceduraolutiva ad adattarsi alla lite in questione, non (sempre) viceversa"*¹⁷.

Si tratta, in particolare, del cosiddetto "arbitrato legato", nel quale le parti, pur decidendo di demandare la decisione ad un terzo, stabiliscono preventivamente un limite minimo ed uno massimo, ai quali riconducono le eventuali decisioni inferiori o superiori, così da poter confidare sul fatto che l'ADR

¹⁵ Come noto, l'arbitrato è disciplinato nel Libro IV del Codice processuale civile, Titolo VIII, Capo I, dagli articoli 806 e ss..

¹⁶ Rinviamo per la completa trattazione ai prossimi capitoli, per chiarezza si specifica sin da ora che il riferimento è, in particolare, alle sanzioni reputazionali che colpiscono gli operatori bancari che non si adeguano alle decisioni dell'Arbitro bancario Finanziario nonché alle elevate sanzioni che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni può comminare ai soggetti che non ottemperano all'ordine ricevuto nel provvedimento amministrativo che definisce una controversia tra un utente e un operatore del settore delle comunicazioni elettroniche.

¹⁷ DE PALO, G., D'URSO, L., GOLANN, D., *Manuale del conciliatore professionista. Procedure e tecniche per la risoluzione alternativa delle controversie civili e commerciali*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 14. Gli autori fanno anche notare che *"Questa fondamentale considerazione ha dato vita anche ad un ripensamento della terminologia, facendo parlare alcuni di ADR come risoluzione "appropriata" – invece che alternativa – delle liti, per restare all'acronimo originario"*.

non abbia esiti inaccettabili. Normalmente, in questi casi, il terzo non viene avvisato dei limiti, così da non influenzarlo.

Un'altra forma ibrida di arbitrato è quella dell'arbitrato baseball, nel quale l'arbitro sceglie la più ragionevole delle offerte finali che le parti sono tenute a "lanciare", per essere maggiormente responsabilizzate nella ricerca di una composizione adeguata e per evitare che sia l'arbitro a scegliere una soluzione mediana.

A quest'ultima forma di arbitrato se ne affianca un'ulteriore, denominata "arbitrato baseball notturno", che si differenzia per il fatto che l'arbitro non conosce le successive offerte delle parti, così da non esserne influenzato per stabilire chi debba prevalere. In pratica, quindi, l'arbitro emette il lodo e le parti lo adempiono nei limiti della loro offerta che più gli si avvicina in termini quantitativi¹⁸.

Giova infine ricordare che, in alcuni casi, le procedure ADR seguono uno schema misto, in più passaggi, per esempio prevedendo una fase iniziale di negoziazione o mediazione cui fa seguito, in caso di esito totalmente o parzialmente negativo, una seconda fase di arbitrato, nella quale le parti volontariamente rimettono la decisione ad un terzo.

Esempio tipico di un sistema ADR multifase è quello residente presso l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Come si vedrà nel terzo capitolo, infatti, in quella sede l'arbitrato costituisce una sorta di "secondo grado" facoltativo, che solo l'utente può attivare¹⁹, in caso di esito negativo della prima fase conciliativa, che è obbligatoria per legge.

¹⁸ Le varie forme di arbitrato cui si è fatto cenno sono ampiamente descritte in DE PALO, G., D'URSO, L., GOLANN, D., *Manuale del conciliatore professionista. Procedure e tecniche per la risoluzione alternativa delle controversie civili e commerciali*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 44 e ss.

¹⁹ In alternativa, le parti congiuntamente. Il fatto che l'arbitrato istituzionalizzato sia attivabile esclusivamente dalla parte "più debole" del rapporto, come si vedrà, è comune anche all'Arbitro Bancario Finanziario. D'altro canto, si tratta di procedure che sono rese disponibili a tutela del consumatore in settori in cui è la legge ad aver previsto o incentivato il ricorso all'ADR, anche con funzione supplente del giudice tradizionale.

4. La diffusione dei metodi di risoluzione alternativa delle controversie

I motivi per i quali negli ultimi anni si assiste ad una significativa espansione – sebbene non universalmente condivisa²⁰ – dei metodi ADR, da ultimo definitivamente istituzionalizzati con l'introduzione della cosiddetta mediazione obbligatoria nelle cause civili e commerciali, sono solitamente individuati in una serie di fattori, il primo dei quali è costantemente indicato nella inadeguatezza (sotto vari profili) del sistema tradizionale di risoluzione dei conflitti, che, per contro, dovrebbe ormai essere reso come un vero e proprio “servizio” al cittadino²¹, come peraltro evidenziato finanche dai più alti vertici degli organi giurisdizionali²².

²⁰ Si veda ad esempio MARINARO, M., in *Guida al diritto*, n. 2 del 7 gennaio 2012, inserto p. VII, che fa notare che “La mediazione, intesa nel suo più profondo significato di composizione della lite, che possa tendenzialmente soddisfare gli interessi dei contendenti (e non quindi quale soluzione intermedia tra due posizioni), è ancora in larga parte estranea alla cultura prevalente e alle abitudini dei giusperiti naturalmente inclini, per formazione ormai consolidata, alla soluzione giudiziale del contenzioso e, quindi, secondo parametri aggiudicativi”. Anche MARICONDA, C., *ADR tra mediazione e diritti*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2008, p. 11, ritiene (con riferimento all'epoca della Direttiva 2008/52/CE sulla mediazione in materia civile e commerciale, su cui *infra*) che sia necessario un cambiamento di mentalità all'interno della società: “Bisognerebbe attuare una campagna di sensibilizzazione dei giuristi e dei cittadini verso una diversa cultura della Giustizia che renda apprezzabile per tutti, anche per chi ha maggiore interesse economico al lungo trascorrere dei tempi di giustizia, i risultati di una tutela coesistenziale dei diritti rispetto a quelli di una giustizia che spesso arriva quando il tempo trascorso ha annullato ogni aspettativa”.

²¹ MARICONDA, C., *ADR tra mediazione e diritti*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2008, p. 1. Secondo l'Autrice, si tratta ormai di un “servizio” poiché il tradizionale concetto di “giustizia” come principio fondamentale del sistema sociale è stato rivoluzionato dal fenomeno della globalizzazione che, coinvolgendo ogni aspetto della vita quotidiana (ivi compresi gli aspetti prettamente economici imprenditoriali), ha reso necessario una sua connotazione funzionale al buon andamento del mercato: “Il fenomeno della globalizzazione è entrato nel terzo millennio con velocità astrale mostrando la sua portata rivoluzionaria proprio attraverso la forza pervasiva con cui ha saputo invadere ogni aspetto della vita. A tale invasione non ha saputo resistere neanche il concetto di Giustizia, che va assumendo rispetto alla tradizionale definizione di principio cardine di ogni sistema la connotazione di “servizio” intimamente connesso alle attività di impresa, all'andamento dei mercati, alla pianificazione delle attività economiche e finanziarie”. Anche questa Autrice ritiene, tuttavia,.

²² Si veda ad esempio nella *Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa, anno 2011*, resa dall'allora Presidente del Consiglio di Stato, Pasquale de Lise, laddove è spiegato che l'anno di riferimento è stato significativo per i seguenti motivi: “Il Consiglio di Stato, i Tribunali amministrativi, il Codice del processo: tre grandi interventi riformatori per la tutela del cittadino che, nel tempo, sono venuti a comporre un insieme coerente, organico ed efficiente. Non un apparato di “potere”, ma un sistema che assicura un “servizio” ai cittadini e alle imprese che chiedono tutela e alle amministrazioni sottoposte alla verifica della legittimità del loro operato”.

In particolare, infatti, nella trattazione del tema relativo ai metodi di risoluzione alternativa delle controversie, non si prescinde mai dalla constatazione che, innegabilmente, tali metodi hanno avuto l'arduo compito di sopperire (più o meno efficacemente) a lacune del sistema giudiziario²³.

Deve però essere rilevato che, nell'ambito di tali lacune, soltanto alcune – vale a dire le più note e discusse – sono senz'altro annoverabili sotto il profilo funzionale ed organizzativo della giustizia tradizionale e sono, dunque, lacune di carattere oggettivo; altre, però, esulano dai predetti ambiti ed attengono maggiormente alla constatazione che, in determinati settori, si ha della giustizia tradizionale e dei suoi effetti.

Queste ultime, pertanto, sono lacune che è più corretto definire soggettive, nel senso (anche atecnico) che esse sono principalmente collegate alle qualità connesse alla specifica tipologia di controversia da azionare (quali, ad esempio, tipologia delle parti, natura ed oggetto del contendere).

Tra le lacune oggettive del sistema giudiziario, che si risolvono in un ostacolo ovvero in uno scoraggiamento della domanda di giustizia, possono individuarsi in primo luogo i lunghissimi tempi di attesa per ottenere un provvedimento, i costi elevati – sia in termini di tassazione che di spese legali –, il tecnicismo delle procedure.

Conseguentemente, se fino a qualche anno fa il rapporto tra la giustizia ordinaria e le forme ADR era senz'altro sbilanciato a favore della prima, oggi, invece, le forme ADR hanno assunto un ruolo preponderante nel "sistema giustizia", poiché tanto più è ampio lo spazio che la giurisdizione non riesce a

Ancora, il Presidente, nello spiegare il nuovo ruolo dell'Adunanza plenaria, che in virtù del Codice del processo amministrativo ha un nuovo potere "nomofilattico", ha specificato di ritenere "... questa novità una sorta di "atto dovuto" all'utente del servizio-giustizia, il quale potrebbe essere stato spinto a proporre ricorso proprio dall'esistenza di un precedente dell'Adunanza Plenaria. La certezza del diritto, nel nostro ordinamento, è il bene principale che il giudice deve garantire e quindi, pur in assenza di valore vincolante del precedente, è necessario perseguire la coerenza degli indirizzi giurisprudenziali".

²³ Per una recente disamina dei vari profili problematici che affliggono la giustizia, si veda CLARICH, M., in *Guida al Diritto* n. 47 del 26 novembre 2011, pag. 12, *Programma obbligato e controllo esterno: la giustizia italiana al "tempo della crisi"*, dove si ricorda che "Lo stato di dissesto della giustizia civile e penale è sotto gli occhi di tutti. Secondo le stime della banca d'Italia i guasti della giustizia civile costano al Paese fino a un punto di Pil l'anno".

colmare a causa delle lacune di cui sopra, tanto più si espande il ricorso ai metodi ADR, al punto – come visto – di divenire persino obbligatorio tramite le previsioni del decreto mediazione²⁴, con l'espresso intento di deflazionare il contenzioso nelle aule dei Tribunali.

Per ciò che concerne invece le sopra accennate criticità del sistema giurisdizionale rispetto a specifici soggetti coinvolti ovvero a determinate questioni controverse, il primo riferimento è da svolgersi, senz'altro, alla qualità di "consumatore" di una delle parti coinvolte nella controversia da risolvere.

Può infatti affermarsi che il peso delle sopra descritte lacune della giustizia tradizionale è certamente più gravoso laddove si tratti di liti di rilevato contenuto economico²⁵ – come sono, generalmente, quelle relative alle materie del diritto dei consumi – ovvero quando fra le parti vi sia una rilevante diversità; ciò che, appunto, nuovamente, si verifica nelle liti di consumo.

In dette liti, invero, una parte è un soggetto professionale strutturato e organizzato, certamente anche dotato di appositi uffici legali per la gestione standardizzata dei contenziosi, mentre l'altra è un singolo consumatore, peraltro già gravato, all'evidenza, dalla patologica esecuzione del rapporto contrattuale da cui origina la controversia, il cui complessivo impegno economico (per tornare al profilo sopra accennato) talvolta può essere addirittura inferiore al costo di un processo.

Molte volte, infatti, nello specifico settore dei consumi, le liti, più che essere connotate da un rilevante valore economico, sono contraddistinte da una forte valenza ideologica o di principio, anche in considerazione della potenziale plurisoggettività e ripetitività delle stesse, che deriva dalla diffusione della prassi di adozione di modelli contrattuali identici per la gestione di un numero di rapporti potenzialmente illimitato.

²⁴ Sul punto della obbligatorietà è comunque opportuno ricordare sin da ora che, come si illustrerà diffusamente nel prosieguo, all'indomani della sua entrata in vigore il decreto mediazione è stato portato all'attenzione della Corte costituzionale, che, allo stato, non si è ancora pronunciata.

²⁵ Sotto questo profilo, per esempio, è stato fatto notare che le ADR favoriscono "l'emersione del contenzioso sommerso", vale a dire del contenzioso di valore così esiguo da non raggiungere le soglie dei costi della giustizia ordinaria, CHIARLONI, S., *La crisi della giustizia civile. I rimedi possibili nella prospettiva comparata*, in *Questione Giustizia*, 1999, 6.

Ferme queste caratteristiche, che certamente esprimono un valore intrinseco che tali controversie sono suscettibili di assumere se portate dinanzi alle competenti sedi (in termini di equità e giustizia sociale, nell'ottica di necessario riequilibrio delle posizioni delle parti), resta tuttavia il fatto che, nella stragrande maggioranza dei casi, la valenza ideologica e di principio non è comunque sufficiente – nella percezione della parte lesa – a giustificare i costi e i tempi di un processo²⁶.

D'altro canto, non è un caso che, come si vedrà più avanti, la normativa europea in materia di ADR abbia preso l'avvio e posto le proprie premesse esattamente in vista delle problematiche specifiche che contraddistinguono le liti in materia di consumo (anche se poi è sviluppata, fino all'attualità, coinvolgendo praticamente quasi tutti i settori del diritto civile e commerciale).

Ciò premesso, vi è comunque da rilevare che la qualità di consumatore di una delle parti coinvolte nella lite non è l'unica caratteristica che rende evidenti le criticità della giustizia tradizionale, poiché possono individuarsi ulteriori aspetti che – in determinate materie più che in altre – fanno ragionevolmente propendere verso la necessità di forme di giustizia alternativa.

Ci si riferisce, in particolare, a materie che hanno una valenza fortemente significativa nell'ambito del "mercato" e del processo di scambio tra Paesi, per le quali l'esigenza di forme di tutela rapide e snelle corrisponde non soltanto alla domanda di tutela dei singoli interessati (che già in sé considerata sarebbe comunque più che comprensibile), bensì è anche strettamente connessa alle

²⁶ Nello stesso senso, sebbene riferito più in generale all'uso del diritto nella società, e ai casi in cui, per vari motivi, il diritto si "auto neutralizza" in un "non-diritto", è CARBONNIER, J., *Flessibile diritto*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 30. L'Autore fa infatti notare che vi sono dei casi nei quali la rinuncia al diritto è un dato sociale, dovuto a circostanze imprescindibilmente legate alla società e all'essere umano. Nello specifico, rispetto alla realizzazione contenziosa del diritto, l'Autore così spiega l'insorgenza del non diritto: "L'esigenza di un intervento umano per compiere il diritto tende a porre fuori del diritto tutto quello che vale meno dell'intervento stesso. Il diritto è privo dell'automatismo, non si compie che per l'intermediario degli uomini; ora, l'azione umana è soggetta alla grande legge dell'interesse. Pur se amichevole, e a fortiori se contenziosa, la realizzazione del diritto richiede denaro e tempo (che è ancora denaro). Se l'interesse ivi connesso è troppo debole, non si troverà nessuno per agire in giudizio, ovvero per avanzare amichevolmente la sua pretesa: non ci sarà nulla; il diritto sarà stato neutralizzato dal costo della sua realizzazione".

possibilità di sviluppo dei rapporti e, più in generale, di stabilità e integrità del sistema.

Si pensi, ad esempio, alle materie (esaminate nel presente lavoro) del settore bancario e finanziario, del settore delle comunicazioni elettroniche ovvero ancora, per fare un altro esempio, della tutela dei dati personali.

Appare evidente che, in tali materie, il complessivo “buon funzionamento” del sistema – ivi compresa la capacità di arginare fenomeni collettivi di sfiducia e di crisi con un’efficace gestione (risoluzione) delle problematiche contrattuali insorte – è prodromico allo sviluppo del sistema stesso.

In altre parole, se rispetto a rapporti contrattuali diffusi praticamente a livello di tutta la popolazione e, peraltro, suscettibili di avere una valenza transfrontaliera, non vi fosse la disponibilità di mezzi di risoluzione rapida delle “empasse” esecutive, si creerebbe (come infatti talvolta si è creato) il blocco dell’intero sistema, determinato dalla sfiducia della somma dei singoli contraenti.

Non a caso, infatti, è stato rilevato che *“l’imprenditore in grado di consegnare un sistema efficace di composizione degli eventuali contrasti con i propri clienti si troverà ad avere un vantaggio competitivo rispetto ai concorrenti”*²⁷.

Sotto diverso profilo, ma ancora a maggiore conferma della necessità di adeguati mezzi di trattazione dei conflitti, si può aggiungere che nelle predette materie talvolta lo strumento giurisdizionale può risultare inadeguato rispetto alla domanda di tutela, persino avendo riguardo ai suoi possibili esiti ed al suo tradizionale atteggiarsi, che, se da un lato conferisce certezza al diritto, dall’altro potrebbe ostacolarne un’interpretazione al passo coi tempi e con le reali esigenze delle parti.

²⁷ DE PALO, G., D’URSO, L., GOLANN, D., *Manuale del conciliatore professionista. Procedure e tecniche per la risoluzione alternativa delle controversie civili e commerciali*, Giuffré, Milano, 2004. Gli Autori, riferendosi in particolare alla forma Adr della conciliazione, affermano infatti che il “... particolare e autonomo pregio della conciliazione, ossia la possibilità per le parti di concepire soluzioni anche assai originali delle loro vertenze, è particolarmente rilevante nell’attuale contesto commerciale, ove il progressivo spostamento del mercato dai prodotti ai servizi richiede che le imprese siano capaci di trovare, acquisire e mantenere nel tempo i propri clienti” (Gli Autori peraltro segnalano che quest’ultima locuzione era infatti il motto di una notissima multinazionale oltreoceano).

Potrebbe infatti verificarsi un irrigidimento delle pronunce, più o meno volontario o consapevole, su schemi che, anche se tipici del diritto comune, mal si adattano a regolare rapporti contraddistinti da una continua evoluzione normativa di settore nonché dalla necessità, sovente avvertita, di mantenere in vita il rapporto fra le parti²⁸.

5. Adr affidate alle Autorità indipendenti

Come accennato, la descritta crisi della giustizia che, particolarmente per determinate tipologie di liti, soggettivamente e oggettivamente qualificate, ha condotto ad una sempre maggiore diffusione di soluzioni alternative per la risoluzione delle controversie, è alla base anche dell'avvio dei poteri giustiziali di talune Autorità amministrative indipendenti per i settori di loro competenza.

Senza ripercorrere in questa sede – poiché la disamina ne esula – le motivazioni che, soprattutto negli ultimi vent'anni, hanno condotto alla istituzione di varie Autorità indipendenti²⁹, sia sufficiente qui ricordare che dette Autorità

²⁸ Si veda ad esempio quanto rilevato da CARBONNIER, J., *Flessibile diritto*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 20 della presentazione, sul fatto che la ripetitività delle pronunce giurisdizionali, peraltro ormai ampiamente consultabili grazie alla diffusione di strumenti di ricerca, costituisce un ostacolo alla possibilità di trovare nuove soluzioni. L'Autore in particolare spiega che “*La casistica massificata, amplificata per il potenziamento dell'informatica, finisce per contribuire a sua volta alla deriva dell'inflazione del diritto. Lo sviluppo smisurato della sua memoria rende la giurisprudenza prigioniera di se stessa. Rispetto a quarant'anni fa, ad esempio, il margine per la prospettazione di visioni e soluzioni nuove appare sensibilmente ridotto. Nei sistemi continentali, privilegiando l'aspetto quantitativo delle decisioni giudiziali, se ne compromette la possibilità di contribuire all'alleggerimento, alla duttilità del diritto*”.

²⁹ La letteratura sulle Autorità indipendenti è vastissima. Oltre ai manuali che saranno citati nelle note a seguire, si possono ricordare AMATO, G. *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in Riv. Trim. dir. pubbl., 1997, 645; GRASSO, G., *Le Autorità amministrative indipendenti della repubblica tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006; ZUPPETTA, M., *Le autorità amministrative indipendenti: modello superato o consolidato?* Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2005; CASSESE, S., FRANCHINI, C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996; BASSI, F., MERUSI, F., (a cura di), *Meriti e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1993; CLARICH, M., *Autorità indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005; LONGOBARDI, N., *Autorità amministrative indipendenti e sistemi giuridico-istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2003; SEVERO SEVERI, F., *Le Autorità amministrative indipendenti. Aspetti problematici*, Giuffrè, Milano, 1998; D'ALBERTI, M., *Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Le riforme*

sono poste a presidio di settori estremamente sensibili³⁰, espressione di valori costituzionalmente tutelati, rispetto ai quali svolgono funzioni di varia natura, da quelle amministrative in senso stretto a funzioni di regolamentazione, di regolazione, sanzionatorie nonché a funzioni – appunto – giustiziali.

Le Autorità presiedono, più in particolare, settori fondamentali per la vita sociale ed economica dell'intera comunità, cosicché la scelta – peraltro indicata a livello comunitario – della loro costituzione come enti indipendenti dagli altri poteri dello Stato risponde, in estrema sintesi, all'esigenza di garantire che, in tali settori, la gestione degli interessi contrapposti (diritti privati e controllo pubblico), correlati allo svolgimento di attività economiche, sia scevra da condizionamenti politici e corrisponda ad una concezione moderna dello Stato nell'economia.

Tra l'altro è da notare che i predetti settori sono in gran parte contraddistinti da un alto grado di tecnicismo e, da un punto di vista della gestione amministrativa, si è ritenuto che l'ordinario apparato statale potesse non dare soddisfacente risposta.

Tale problema si è posto esattamente identico anche rispetto alla gestione del contenzioso in quei determinati settori.

E' stato infatti notato che *“la Magistratura non è risultata parimenti un presidio sufficiente, in quanto, per un verso, il sindacato giudiziario, intervenendo nella dimensione patologica della vita relazionale, non è in grado di garantire una tutela di settori nevralgici che abbisognano tempestivamente di interventi*

dell'amministrazione centrale a cura di VESPERINI, G., Giuffré, Milano, 2005; PASSARO, M. Le amministrazioni indipendenti, Giappichelli, Torino, 1996; MERUSI, F., *Democrazia ed autorità indipendenti: un romanzo quasi giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000; LAZZARA, P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; AA.VV., *L'indipendenza delle Autorità* (a cura di GRASSINI, F.A., LETTA, E.), Il Mulino, Bologna, 2001; MERUSI, F., PASSARO, M., *Le autorità indipendenti. Un potere senza partito*, Il Mulino, Bologna, 2003; D'Alberti, M., PAJNO, A., *Arbitri dei Mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010; MONTEDORO, G., *Mercato e potere amministrativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2010; MANETTI, M., *Le Autorità indipendenti*, Laterza, Roma-Bari, 2007; CALABRO', C., CATRICALA', A., CHIEPPA, R., CLARIZIA, A., DEGNI, F., PAGANETTO, L., SCHINAIA, M.E., SCOCA, F.G., TITOMANLIO, R., *Authorities. Imparzialità e indipendenza* (a cura di PAGANETTO, L.), Donzelli Editore, Roma, 2007.

³⁰ Si pensi, tra gli altri, ai settori del mercato (Autorità garante della concorrenza e del mercato), delle comunicazioni (Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), del credito e risparmio (Consob, Banca d'Italia), delle assicurazioni (Istituto superiore di vigilanza sulle assicurazioni private), dell'energia (Autorità per l'energia elettrica e il gas)

correttivi ed ortopedici nella fase fisiologica; per altro verso, la verifica giudiziaria, specie del G.A., ha sofferto (...) della duplice difficoltà culturale e processuale, di scandagliare problematiche di carattere tecnico, anche a cagione della povertà dei mezzi istruttori e, ancora più a monte, per l'inossidabile dogma dell'insindacabilità della discrezionalità tecnica"³¹.

Prescindendo, in questa sede, da quanto appena evidenziato rispetto ai (limiti dei) poteri del Giudice amministrativo, che per lo più attengono ai contenziosi sugli atti di regolazione (e dunque ai contenziosi tra i soggetti regolati e l'Autorità indipendente del relativo settore), il potere giustiziale attribuito alle Autorità indipendenti che qui rileva è quello inerente ai contenziosi bilaterali – orizzontali tra soggetti privati, interessati dal settore di competenza delle medesime Autorità.

Queste ultime, infatti, per l'elevato tecnicismo che le contraddistingue e per la posizione di neutralità in cui operano (grazie alla netta separazione dagli altri poteri dello Stato, che non le obbliga ad agire secondo gli schemi della tradizionale amministrazione attiva che persegue un determinato interesse pubblico ritenuto *ab origine* prevalente)³² perseguono esclusivamente l'esatta applicazione delle norme del settore, il più delle volte dalle stesse dettate, e pertanto sono gli enti più idonei a garantire un completo ed efficace ripristino della legalità nelle materie di loro competenza³³.

³¹ RAGANELLA, E., VALLA, L., *La tutela giustiziale*, in *Trattato di giustizia amministrativa*, a cura di Francesco Caringella e Roberto Garofoli, Milano, Giuffrè editore, 2007, pag. 220.

³² Si vedano, ad esempio, GAROFOLI, R., FERRARI, G., *Le Autorità amministrative indipendenti*, Manuale di diritto amministrativo, V edizione, Neldiritto editore, Roma, 2012, pag. 298, nella descrizione delle funzioni contenziose delle Autorità indipendenti, secondo cui "*Su un versante diametralmente opposto (a quello delle funzioni amministrative in senso stretto, n.d.r.) si collocano invece le attività il cui esercizio non presuppone affatto quella valutazione ponderativa e comparata dei diversi interessi, pubblici e privati, primari e secondari, presenti nella vicenda, in cui consiste il nucleo della funzione amministrativa di tipo tradizionale, quanto, piuttosto, un'opera di accertamento e qualificazione di fatti, atti e comportamenti in termini di liceità o illiceità: accertamento e qualificazione effettuati avendo come parametro di raffronto la disciplina sostanziale del settore alla cui vigilanza e regolazione l'Autorità è preposta. Il ruolo delle Autorità è in questo caso quello di arbitro posto in una posizione neutrale ed equidistante rispetto a situazioni giuridiche di tipo bilaterale e orizzontale intercorrenti tra soggetti privati*".

³³ Sul punto, CLARICH, M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, 153, fa notare che "*La neutralità, ovvero la natura paragiurisdizionale di talune funzioni, assolve al compito più limitato di giustificare, per un verso, l'indipendenza delle*

Al riguardo deve comunque osservarsi che, come è stato ampiamente evidenziato³⁴, in taluni casi le Autorità indipendenti, così operando, assommano funzioni (regolamentazione, regolazione, vigilanza, arbitrato) che probabilmente non sono idonee a garantire la effettiva *terzietà* dell'Autorità stessa rispetto alle parti che si sottopongono all'arbitrato, come invece si richiede non soltanto alla giustizia tradizionale, ma anche, come si vedrà nel prosieguo, a tutte le forme Adr ipotizzate nella disciplina europea.

Tuttavia, è anche vero che, come accennato, in detti settori nevralgici la crisi della giustizia si avverte in misura maggiore.

Basti pensare, ad esempio, al fatto che, molto spesso, si tratta di controversie di valore contenuto che coinvolgono una pluralità di utenti, con la conseguenza che è sempre più avvertita la necessità di rinvenire delle soluzioni che siano uniformi e che possano dare luogo ad una soluzione condivisa onde

autorità dal potere di indirizzo politico-amministrativo, per altro verso la previsione di garanzie del contraddittorio rinforzate, sulla falsa riga di quelle generalmente previste nei procedimenti propriamente giurisdizionali. Sotto il primo profilo si potrebbe argomentare che se è vero che le Autorità svolgono un ruolo di mera applicazione della legge, anche, al pari dei giudici, devono essere soggette "soltanto alla legge" (art. 101, secondo comma, Cost.), cioè deve essere garantita un'indipendenza organizzativa e funzionale dall'esecutivo. Sotto il secondo profilo – che è quello che qui più rileva – le autorità nell'applicare la legge, devono in quale modo ispirarsi al modo di operare ordinario dei giudici che, come si è già accennato, è quello del procedimento giurisdizionale improntato al principio del contraddittorio". (Si vedrà, infatti, che la garanzia del contraddittorio è uno degli "indicatori di qualità" di un servizio di arbitrato istituzionalizzato).

³⁴ Si veda ad esempio CAPRIGLIONE, F., *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.* 2010, 03, 261. L'Autore, riferendosi in particolare all'ABF, che, come si vedrà nel secondo capitolo, è strutturalmente collegato alla Banca d'Italia, segnala "le criticità conseguenti ad una concentrazione di poteri nella medesima entità soggettiva, atteso che solo a livello giuridico formale è dato riscontrare una distinzione tra le strutture che predispongono le « regole » di normazione secondaria e le altre che ora effettuano gli « accertamenti di vigilanza », ora compiono le « istruttorie » propedeutiche all'esercizio del potere sanzionatorio, ora infine gestiscono i « giudizi » dell'Arbitro (sulla base di un raccordo informale radicato nella procedura di nomina dei componenti dell'organo)". Anche MAIMERI, F., *sub Art. 128 bis Risoluzione delle controversie*, in *Commentario al Testo unico bancario*, in Belli, F. – Losappio, G. – Porzio, M., Rispoli Farina, M. Santoro, V., (a cura di), Milano, 2010, 1145, ancora in riferimento al settore bancario finanziario, nota che "... il trend legislativo intrapreso si presta a valutazioni critiche di varia natura, ma tutte sono tasselli della più generale censura di aver eretto le istituzioni di vigilanza ad un vero e proprio... Moloch del mercato, attribuendo ad esse anche la funzione di tutela della clientela (e dei consumatori) in fase di risoluzione delle controversie che mai si concilia con le altre competenze ad esse proprie, generando inevitabili conflitti di interessi che rimedi formali (strutture divisionali autonome o protocolli di indipendenza) appaiono in grado di superare più nella forma che nella sostanza".

arginare un illecito che è di natura plurioffensiva e rischia talvolta di espandersi su scala internazionale (come, per esempio, nel caso delle controversie bancarie).

Pertanto, si comprende anche perché, in generale, questi riti sono normalmente caratterizzati da *“tecniche procedurali strumentali alla semplificazione delle istruttorie, alla accelerazione e concentrazione delle procedure, alla ricerca di soluzioni fondate su esperienze nuove e differenziate”*³⁵ che possano poi replicarsi in situazioni analoghe, portando ad una soluzione veloce e semplice prima ancora che i soggetti interessati siano costretti a rivolgersi alla giustizia tradizionale³⁶.

Inoltre, in settori così specialistici, si è notato che la Magistratura potrebbe non rendere le soluzioni più adeguate; potrebbe infatti avvenire che l'intento (seppur teoricamente lodevole) di adeguare l'impostazione tradizionale di tutela a materie nuove e dinamiche conduca ad arresti irragionevoli per l'intero settore di riferimento, ciò che – perlomeno si crede – non dovrebbe avvenire con l'Autorità preposta al settore.

In altre parole, è stato per esempio fatto notare³⁷ – con riferimento al settore bancario e finanziario – che in alcune pronunce la Magistratura sembra

³⁵ PELLEGRINI, M., *Sistemi alternativi di composizione delle controversie bancarie*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, Vol. II, p. 861, Cedam, Padova, 2010.

³⁶ Come si vedrà nel secondo e terzo capitolo, gli arbitrati affidati a Bankitalia e all'Agcom hanno formato nel tempo dei veri e propri “orientamenti” su determinate situazioni contrattuali connotate da ripetitività, in quanto diffusamente condivise da molti contraenti, e tali orientamenti hanno quindi, in sostanza, assunto anche una funzione “chiarificatrice” di alcune norme di settore e possono indirizzare l'agire di coloro che si trovano in situazioni analoghe.

³⁷ CAPRIGLIONE, F., *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.* 2010, 03, 261. L'Autore, in particolare, evidenzia come la giurisprudenza abbia in più occasioni trascorso il livello di tutela voluto dallo stesso Legislatore: *“il cd. need of protection - che, nei contratti d'investimento, caratterizza la posizione della controparte negoziale dell'intermediario - è stato interpretato in modalità che spesso si sono tradotte in un eccesso di tutela; tale cioè da attuare una difesa dell'investitore non solo dagli abusi di mercato, ma anche « da se stesso » (vale a dire impedendogli di subire i danni di un agire poco attento e, comunque, non adeguatamente consapevole)”*. Più precisamente, l'Autore spiega che, partendo dalla constatazione della intrinseca diversità delle parti coinvolte, i Giudici sembrano aver “forzato” la ratio e la portata delle norme, pervenendo a sanzionare con il (radicale) rimedio della nullità fattispecie in realtà non rientranti in quelle tassativamente elencate nella normativa di riferimento: *“Infatti, le « regole di condotta » previste dal testo unico della finanza (d.lgs. n. 58 del 1998) e dai regolamenti emanati dalla Consob, nella maggioranza dei casi, sono state dai giudici di merito poste a fondamento di decisioni che - nell'intento di evitare le conseguenze negative delle asimmetrie informative e, dunque, di superare l'iniziale divario che, nelle fattispecie di cui trattasi,*

aver avvertito l'esigenza di realizzare una giustizia sostanziale per ripristinare (*ex post*), equilibri che la stessa riteneva, all'evidenza, non adeguatamente tutelati, *ex ante*, nella normativa di riferimento, addivenendo talvolta ad utilizzare strumenti – per dirlo in una parola – per vero sproporzionati.

Ad esempio, la Magistratura in certi casi si è spinta fino ad utilizzare la sanzione della nullità cd. di protezione in riferimento ad obblighi (di trasparenza e di correttezza) alla cui violazione, per contro, la normativa speciale non ricollega affatto una simile, radicale, forma di intervento³⁸.

D'altro canto, non è un caso che, proprio in dette materie, la fase ascendente di quella stessa normativa, prettamente tecnica ed affidata alle Autorità amministrative indipendenti, è caratterizzata da un'ampia partecipazione di tutti i soggetti interessati (quali associazioni dei consumatori o soggetti professionali coinvolti), nella convinzione che il bilanciamento da attuare per assicurare il corretto funzionamento del mercato di riferimento non può prescindere dal considerare tutte le voci che in tale mercato operano.

contraddistingue la relazione inter partes - appaiono al di fuori da ogni logica di prevenzione. In particolare, la prescrizione di comportamenti corretti ha finito col caricare la disciplina di riferimento di una valenza a questa non ascrivibile. Ed invero, ha trovato affermazione una linea esegetica che ha utilizzato la sanzione della nullità - nella forma della cd. nullità di protezione, azionata ex art. 1418 c.c. (ed accompagnata, in via subordinata, dalla richiesta di accertamento dell'inadempimento dell'intermediario) -, la quale si è in concreto risolta nel superamento della portata dispositiva della normativa speciale, circoscritta ad inficiare solo le fattispecie riconducibili ai casi previsti dall'art. 23 t.u.f.”.

³⁸ CAPRIGLIONE, F., *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.* 2010, 03, 261. Secondo l'Autore, la scelta di un intervento giurisdizionale così penetrante nell'assetto di interessi stabilito dalle parti potrebbe finanche dipendere dalla convinzione personale degli stessi giudici di dover porre rimedio ad un sistema sostanziale non sufficientemente garantista per il contraente debole: “*In vista dell'esigenza di assicurare livelli ottimali di tutela dei risparmiatori, si è assistito ad ipotesi di riconoscimento della nullità dei contratti d'intermediazione finanziaria (cd. nullità virtuale) che - nel presupposto della violazione dei canoni di diligenza, correttezza e trasparenza posti a salvaguardia degli interessi degli investitori - sono state costruite avendo riguardo alla presunta contrarietà a norme imperative delle condotte tenute dai soggetti abilitati. Sicché, nell'intento di eliminare le sperequazioni (presenti nel sistema) riconducibili ad un diffuso utilizzo di schemi standardizzati - ritenuti non conformi ai canoni di un'azione corretta - si è tralasciato di considerare che, nel nostro ordinamento, è preclusa la possibilità al Giudice di disattendere ad libitum le indicazioni fissate dalla regolazione per « rendere giustizia » sulla base di convincimenti personali*”. In senso analogo anche PELLEGRINI, M., *Le controversie in materia bancaria e finanziaria. Profili definitivi*, Cedam, Padova, 2007, 344, che racconta della “precomprensione” che può condurre ad azioni che esprimono concetti soltanto ideali o basati su un senso sociale comune.

Pertanto è quanto mai opportuno – e questo è uno dei motivi per cui vi sono apposite forme ADR di settore – che la detta considerazione di tutti gli interessi coinvolti sia valorizzata, oltre che nella fase di regolazione del mercato, anche in quella, successiva ed eventuale, di applicazione della medesima normativa alle vicende che esprimono un contrasto tra gli attori di quel mercato, senza aprioristicamente propendere per soluzioni alla salvaguardia della parte ritenuta più debole³⁹.

Analogamente, può notarsi che, nell'ottica di tutela di quelle medesime parti, e, in particolare, degli interessi sottesi alla originaria conclusione dei contratti di quel settore (che potrebbero non essere affatto venuti meno nonostante la parentesi patologica del rapporto e che, per la maggior parte dei casi, attengono a diritti fondamentali della persona umana o comunque a valori costituzionalmente protetti), non è certamente scontato che una sanzione così severa e definitiva quale quella della nullità sia il migliore mezzo di protezione.

D'altro canto, si è notato che uno dei valori aggiunti delle metodologie ADR consiste proprio nella possibilità di preservare il rapporto fra le parti, che per contro sarebbe certamente vissuto in maniera negativa laddove fosse accompagnato da una lite giudiziaria⁴⁰.

³⁹ CAPRIGLIONE, F., *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.* 2010, 03, 261. L'Autore spiega che la ricerca di forme di "giustizia privata", in cui prevale la partecipazione delle parti interessate, è in linea con le previsioni che rispetto a specifici settori del mercato prevedono il coinvolgimento delle parti anche nella fase di formazione delle regole dello stesso settore: "(...) A ben considerare, al pari di quanto si riscontra nella formazione delle regole su base consensuale - che offre alle autorità di settore una singolare opportunità per relazionarsi con i soggetti privati nel realizzare la tutela dell'interesse pubblico, di cui le medesime sono portatrici - non v'è dubbio che la riferibilità (per la soluzione delle controversie) ad uno schema procedurale di tal genere consente di ricercare nuovi equilibri fra esigenze diverse. Ed in particolare vengono in rilievo il conseguimento di più elevati livelli di trasparenza nella valutazione degli interessi avuti di mira, nonché la censura di modi arbitrari ovvero di forme autoritarie nell'interpretazione dell'esistente. A base di siffatta costruzione v'è il convincimento che il corretto funzionamento dei mercati non può essere valutato senza far riferimento a coloro che nei medesimi operano, soggetti il cui interesse non può essere sacrificato tout court dai meccanismi di mercato ovvero dalla presunta primazia del cd. contraente debole. Come l'attività di regolazione, anche quella delle verifiche a questa successiva deve esprimere un potere ordinamentale che tenga conto della « effettività del contraddittorio di tutte le parti che concorrono su un determinato mercato »".

⁴⁰ TROISI, C. *op. cit.* L'Autrice, dopo aver ricordato che le liti consumeristiche sono quelle che più necessitano di forme ADR, ricorda che uno dei motivi per percorrere soluzioni alternative può anche essere quello di mantenere in vita il rapporto contrattuale: "La complessità del sistema-giustizia si riflette soprattutto sulle controversie di valore patrimoniale medio-basso, come accade

Per questi motivi, pertanto, nelle predette materie il ricorso a forme alternative di giustizia sembra essere la via più corretta di trattazione delle liti ed il suo affidamento ad organi altamente specializzati, che generalmente presiedono il settore di riferimento, lo strumento per assicurarne una lettura in linea con la *ratio* della normativa di riferimento.

La terzietà di tali organi rispetto alle parti in contenzioso potrà essere allora ricercata soltanto nelle stesse garanzie (di *neutralità* nella valutazione della fattispecie contrattuale concreta sottoposta a giudizio e di piena partecipazione al procedimento) che accompagnano il loro agire anche nello svolgimento delle altre funzioni, ivi compresa quella di vigilanza.

E' da escludersi, infatti, una più significativa equiparazione tra l'attività contenziosa delle Autorità e l'attività giurisdizionale, come già affermato dalla Prima Sezione Civile della Corte di cassazione con la sentenza del 20 maggio 2002, n. 7431⁴¹ in riferimento al potere giustiziale del Garante per la protezione

spesso in quelle in cui è parte un consumatore, i tempi medi di svolgimento del processo civile, uniti ai costi della difesa, non sono compensati dai benefici che può apportare un provvedimento giurisdizionale favorevole, pertanto lo stesso consumatore è spesso indotto a rinunciare a far valere i propri diritti. Così come nelle ipotesi in cui i soggetti coinvolti in una lite fanno parte di un gruppo o sono coinvolti in una durevole relazione economica, a cui non hanno interesse a sottrarsi; il ricorso al giudice ordinario può così costituire una frattura insanabile, a differenza di una risoluzione non giudiziaria delle controversie che può prestarsi meglio a preservare le relazioni tra le parti”.

⁴¹ In *Foro it.*, 2002, I, c. 86. Nella sentenza, in particolare, nel negare la “paragiurisdizionalità” della funzione contenziosa su diritti soggettivi attribuita al Garante per la protezione dei dati personali, la Suprema Corte ha spiegato non soltanto che nel nostro ordinamento non esiste un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione, ma soprattutto che è decisiva “la sottoposizione della decisione dell’organo pubblico, comunque adottata, al vaglio di un giudice nei termini della domanda introduttiva del giudizio di controllo (...) Giacché essa fa desumere che il potere di attuare la legge a tali organi affidato non è comunque definitivo”. Sulla assimilazione delle forme procedurali adottate dal Garante a quelle del processo, la Corte ha anche notato che “a partire dalla legge 241/1990 l’ordinamento giuridico ha impresso alla attività della pubblica amministrazione una svolta decisiva attenuando progressivamente la storica caratterizzazione autoritativa del procedimento che sfocia in un provvedimento, per favorire il più ampio grado di partecipazione del soggetto interessato alla formazione del medesimo. Ciò talvolta a mezzo di un vero e proprio contraddittorio, analogo per forza di cose, a quello giudiziario che ne costituisce il modello, in coerenza con una lettura oramai dominante dell’articolo 97 della Costituzione e dunque delle finalità di buon andamento e di imparzialità della amministrazione. È noto infatti, come afferma la migliore dottrina, che tra le funzioni del procedimento amministrativo vi è quella di far emergere con chiarezza il punto di contrasto tra il privato e la pubblica amministrazione, cosicché anche il controllo giudiziario eventuale possa risultare perspicuo. In tale ottica pertanto la diffusa tendenza alla introduzione nel procedimento amministrativo di momenti di partecipazione effettiva da parte degli interessi al suo esito che consentono alla pubblica

dei dati personali, e recentemente ribadito (rispetto all'Arbitro Bancario, in verità, e non esattamente rispetto a Bankitalia) anche dalla Corte costituzionale, con l'ordinanza del 4 luglio 2011, n. 218, la quale ha chiaramente evidenziato le differenze tra il predetto arbitrato istituzionalizzato e la Magistratura (in particolare, con riferimento alle modalità di nomina dei componenti e alla efficacia delle decisioni)⁴².

amministrazione di apprezzare tutti gli interessi in gioco, fa sì che l'uso di tali tecniche non significhi abbandono del procedimento in favore del processo”.

⁴² L'ordinanza è reperibile sul sito web della Corte Costituzionale www.cortecostituzionale.it. L'ordinanza è commentata da ANTONUCCI, A., *ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2011, 3, II, 117 ss.. Per comodità, comunque, si ricorda che il Collegio di Napoli dell'ABF, con provvedimento del 6 luglio 2010, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 1, della legge della Regione Siciliana 14 maggio 2009, n. 6 (Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2009), che prevede la proroga, da parte degli istituti di credito, della scadenza dei termini delle esposizioni agrarie. Il Collegio, in sostanza, ha fondato la propria legittimazione a sollevare la questione sul fatto che, alla luce della disciplina relativa alla sua struttura e funzione, trasparirebbe un ruolo «autenticamente decisorio» delle controversie insorte tra clienti ed intermediari bancari, con la rigorosa applicazione delle norme di diritto, nonché sul fatto che la decisione adottata all'esito della prevista procedura presenterebbe profili di efficacia, sotto vari aspetti, vincolante (in particolare per ciò che riguarda la posizione degli intermediari, posto che la “reputazione” dei medesimi potrebbe risultare compromessa in caso di inottemperanza), con la conseguenza di rendere il ruolo dell'Arbitro Bancario Finanziario «in qualche modo contiguo» a quello degli arbitri, oggi espressamente abilitati a promuovere questioni di legittimità costituzionale in forza dell'art. 819-bis del codice di procedura civile. Sul punto il Collegio ha anche richiamato alcuni precedenti della Corte, nei quali, secondo la ricostruzione fornita dall'ABF, ai fini della legittimazione la Corte avrebbe ritenuto essenziale che l'organo rimettente sia chiamato a risolvere una controversia nel rispetto delle garanzie del contraddittorio e facendo applicazione obiettiva del diritto (ciò che l'ABF potrebbe assicurare, ha argomentato, tenuto conto anche della posizione *super partes* che lo caratterizza, anche sul versante della relativa composizione e dei meccanismi di nomina dei componenti il collegio). La Corte, tuttavia, ha negato la legittimazione per non essere l'ABF un'“autorità giurisdizionale” ed ha spiegato innanzitutto che lo stesso, pur istituito sulla base di una disposizione di carattere legislativo, ha poi trovato la propria disciplina esclusivamente in disposizioni di carattere amministrativo, il che, come noto, è escluso per gli organi giurisdizionali, ancorati, per loro stessa natura, al fondamento costituzionale e alla riserva di legge. La Corte ha inoltre sottolineato come gli stessi criteri e requisiti di nomina dei componenti, il loro stato giuridico e il complesso delle regole deontologiche non siano paragonabili ai presidi corrispondentemente previsti nei confronti di organismi chiamati a svolgere funzioni giurisdizionali e che, allo stesso modo, gli indici di riconoscibilità considerati tipici delle funzioni giurisdizionali appaiono del tutto assenti in riferimento alle specifiche attribuzioni che l'organismo in discorso è chiamato a svolgere, alla stregua delle richiamate fonti che ne disciplinano il funzionamento. In particolare, ad esempio, l'intervento dell'Arbitro Bancario Finanziario è, da un lato, precluso nell'ipotesi in cui la controversia sia stata già sottoposta alla autorità giudiziaria o rimessa a decisione arbitrale e, dall'altro, risulta ugualmente vanificato qualora nel corso del procedimento la controversia stessa sia devoluta ai giudici o agli arbitri, anche in considerazione del fatto che «le decisioni dell'ABF, infatti, non incidono sulle situazioni giuridiche delle parti». E dunque i caratteri della giurisdizione si rivelano inesistenti anche con riguardo al profilo relativo alla decisione, posto che la stessa non assume, in realtà, alcun valore cogente per nessuna delle parti “in causa”, svolgendo essa solo una funzione destinata ad incidere sulla immagine e sulla

Ulteriori spunti di riflessione sul tema della (mancata) terzietà dell'Arbitro per i casi in cui l'attività giustiziale sia affidata ad un'Autorità indipendente che abbia compiti di vigilanza sul settore, possono infine trarsi anche dal recente parere reso dalla Adunanza generale del Consiglio di Stato alla Consob⁴³, avente ad oggetto un quesito relativo alla natura giuridica della Camera di conciliazione ed arbitrato istituita presso la Consob stessa (di seguito, per brevità, anche "Camera", di cui si parlerà nel prossimo capitolo)⁴⁴.

Sebbene l'Adunanza Generale non abbia affrontato direttamente la questione della terzietà dell'Arbitro (ma l'abbia soltanto "sfiorata"), dal complesso delle argomentazioni svolte nel parere e dalle conclusioni cui il Supremo Consesso della Giustizia amministrativa è infine pervenuto, sembra potersi trarre la conclusione che il Consiglio di Stato considera non problematica la costituzione di un sistema arbitrale di settore nell'ambito della struttura di un'Autorità indipendente, essendo (evidentemente) sufficiente che si crei un organo *ad hoc* dell'ente Autorità (come, nella ricostruzione del Consiglio, sarebbe avvenuto nel caso della Consob e della Camera).

Al Consiglio, infatti, la Consob aveva chiesto di inquadrare la natura giuridica della Camera, poiché, secondo la ricostruzione fornita dalla Commissione istante riassunta nel parere, la normativa "*non chiarisce se la*

reputazione dell'intermediario, in particolare se non ottemperante, secondo connotazioni che possono riecheggiare gli interventi di organi amministrativi in autotutela. Ugualmente, non rileva, per la Corte, la circostanza secondo cui il "risponso" dell'Arbitro Bancario Finanziario debba essere adottato "secondo diritto", giacché è tipico di qualsiasi funzione giustiziale procedere e adottare le proprie determinazioni *secundum ius*, al pari di qualsiasi organismo della pubblica amministrazione.

⁴³ Adunanza generale del 20 ottobre 2011 n. 4277/2011, numero affare 01535/2011, reperibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁴ Senza qui anticipare il fondamento normativo della Camera, di cui si parlerà meglio nel prossimo capitolo, qui sia sufficiente sapere che il riferimento è innanzitutto alla Legge 28 dicembre 2005, n. 262 "*Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della repubblica italiana n. 301 del 28 dicembre 2005 - Supplemento ordinario n. 208 (che è peraltro la stessa legge da cui trae origine l'ABF), nonché al successivo Decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179 (di cui si dirà anche *infra* nel testo), recante "*Istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori in attuazione dell'articolo 27, commi 1 e 2, della legge 28 dicembre 2005, n. 262*", pubblicato nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana n. 253 del 30 ottobre 2007.

Camera sia un soggetto autonomo e distinto dalla Consob ovvero se debba, piuttosto, essere qualificata come organo strumentale dell'autorità di vigilanza".

La Commissione, al riguardo, aveva ampiamente motivato per un'interpretazione di "autonomia" tra le due Istituzioni, richiamando in più punti il dato testuale, nonché, *a contrario*, l'esempio della Camera arbitrale per i contratti pubblici, istituita (espressamente) presso l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (che peraltro costituisce un altro esempio di "commistione" di funzioni in capo ad Autorità indipendenti)⁴⁵.

Il Supremo Consesso è stato tuttavia *tranchant*: la Camera è organo dell'ente Consob, e la circostanza (sottolineata dalla Commissione richiedente il parere) che la *"Camera esercita i compiti ad essa assegnati dalle disposizioni di legge e di regolamento con "indipendenza ed autonomia funzionale ed organizzativa" non smentisce il rapporto di appartenenza organica, essendo oramai ampiamente noto che i requisiti di indipendenza ed autonomia sono compatibili - tanto più nell'ambito di enti ascrivibili al novero delle Autorità indipendenti - con l'assenza di soggettività giuridica propria, essendo uno dei modi in cui può articolarsi l'intensità della relazione di appartenenza dell'organo all'ente, legata alla peculiarità della posizione che lo stesso riveste nel suo ambito"*.

Sul punto della terzietà dell'Arbitro, inoltre, il Consiglio ha evidenziato che l'istituzione della Camera serve esattamente a garantire tale posizione rispetto alle funzioni di vigilanza attribuite alla Consob: *"È di cristallina evidenza che il*

⁴⁵ Si legge infatti nel parere, nel punto in cui è citata l'argomentazione della Consob, che *"il regolamento di organizzazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, disciplina la Camera arbitrale per i contratti pubblici nell'ambito del Capo III (rubricato «Strutture e uffici ausiliari»), prevedendo che la sua organizzazione interna sia disciplinata «con proprio regolamento deliberato dal Consiglio dell'Autorità sentito il Consiglio della Camera arbitrale» (art. 23, comma 1) e che «Le attività di supporto per l'espletamento delle funzioni della Camera Arbitrale sono svolte da personale dell'Autorità» (art. 23, comma 2,). A ragione di ciò la Camera arbitrale per i contratti pubblici è stata ritenuta "far parte" dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti (TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 13 febbraio 2007, n. 53)". Per completezza si ricorda che la Camera arbitrale per i contratti pubblici è istituita, secondo le direttive comunitarie, ai sensi dell'articolo 241 del Codice dei contratti pubblici, Decreto legislativo recante *"Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"* pubblicato nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana n. 100 del 2 maggio 2006.*

legislatore delegante ha inteso assegnare le funzioni oggi di competenza della Camera alla Consob, sicché la scelta di istituire la Camera presso la Consob non può che essere vista in tale ottica, dovendo essere ricondotta – come rileva la stessa relazione illustrativa – all’esigenza di tenere distinte la funzione di vigilanza sui servizi di investimento (alla Consob dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) e quella di amministrazione delle procedure di conciliazione e di arbitrato (concernenti, come detto, controversie insorte tra i risparmiatori e gli stessi soggetti abilitati ai servizi di investimento). Ne discende che la Camera, appositamente istituita per marcare il tecnicismo dei suoi compiti e l’autonomia di cui gode rispetto alla tradizionale posizione dell’organo, resta priva di soggettività, qualificandosi la stessa come un organismo tecnico, strumentale alla Consob, ma non distinto da questa”.

Alla luce di una così chiara interpretazione, allora, la normativa della Camera sarà a presto rivista. Vi è invero notizia – allo stato soltanto informale – che si stia ripensando l’attuale organizzazione, particolarmente ossequiosa di garantire l’autonomia della Camera rispetto alla Consob.

Oramai, infatti, la possibilità di una definitiva “internalizzazione” dell’attività della Camera presso l’Autorità di vigilanza appare autorevolmente sostenuta; potrebbe dunque non ravvisarsi più la necessità di creare elenchi di Arbitri terzi, distinti dalla Camera e dalla Consob, come oggi avviene. Si potrebbe, invero, affidare l’attività di arbitrato direttamente ai cinque componenti della Camera, che rimarrebbero pur sempre distinti dall’Autorità di vigilanza⁴⁶.

⁴⁶Il Consiglio, in chiusura, sottolinea anche come vi siano ulteriori ragioni che fanno propendere per la compenetrazione tra Consob e Camera: “*A corroborare l’indagine positiva vi è il richiamo a due principi di fondo del sistema amministrativo: buon andamento e sussidiarietà. Entrambi orientano per il disconoscimento di un’autonoma soggettività giuridica alla Camera la soluzione restrittiva, perché l’istituzione di un soggetto pubblico ad hoc (l’ennesimo) per lo svolgimento di compiti certamente riconducibili alle attribuzioni dell’Authority, da un lato contrasta con le finalità di semplificazione proprie della politica dell’amministrazione perseguita negli ultimi anni, dall’altro appare antitetica rispetto all’apertura che in materia di mediazione civile la più recente legislazione ha operato in favore dei privati*”.

6. I principi europei in materia di ADR

Si è detto che una “panoramica” preliminare dei principi stabiliti dall’Unione europea in materia di risoluzione stragiudiziale delle controversie è necessaria per proseguire il lavoro e completare l’indagine descritta.

L’Unione, infatti, ha nel tempo dettato – con forme via via più cogenti e più dettagliate – una puntuale disciplina dei metodi stragiudiziali di risoluzione delle controversie, delineandone, in pratica, la forma e le modalità operative, così da lasciare uno spazio veramente residuale ad un’eventuale inventiva del Legislatore nazionale o dei singoli “imprenditori dell’ADR”.

A conferma di ciò, è sufficiente constatare che per lungo tempo, anche in assenza di norme cogenti (vale a dire allorquando l’Unione aveva emanato soltanto le Raccomandazioni di cui si tratterà nei prossimi paragrafi), la disciplina di gran parte delle procedure alternative di risoluzione delle controversie richiama comunque espressamente, o applicava implicitamente, i principi enunciati a livello europeo.

Il richiamo di detti principi è qui utile poiché anche le procedure di arbitrato istituzionalizzato di cui tratta nel presente lavoro non sfuggono alla loro influenza, pur avendo una maggiore autonomia rispetto alle altre forme ADR oramai disciplinate nel citato decreto mediazione che, a sua volta, ha attuato la Direttiva comunitaria di cui si tratterà nel prosieguo.

Pertanto, come sopra accennato, l’esame dei principi europei – soprattutto se effettuato in un’ottica dinamica, che ne colga l’evoluzione nel tempo – permette anche di comprendere quali siano le caratteristiche ritenute più importanti nella predisposizione di un (buon) mezzo di risoluzione alternativa delle controversie, con la conseguenza che – indirettamente – permette anche di comprendere se gli arbitrati qui descritti sono effettivamente servizi “di qualità”.

a). Il Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia

Il primo documento che occorre richiamare per conoscere i passi europei nella materia della risoluzione alternativa delle controversie è il Libro Verde *“L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico”*⁴⁷, risalente all'anno 1993.

Il documento è da richiamare non per la sua portata precettiva o di indirizzo, ma perché costituisce la base fondamentale dalla quale si è in seguito sviluppata la normativa europea in tema di forme di risoluzione alternativa delle controversie, intese come strumento di possibile superamento della nota crisi della giustizia ordinaria⁴⁸, della quale peraltro è data, nell'*incipit* del Libro, una chiarissima definizione in termini di “asimmetria” tra il volere della legge e la realtà della società⁴⁹.

Il Libro costituisce, in sostanza, una sorta di indagine conoscitiva sullo “stato dell'arte” dell'accesso alla giustizia nei vari Paesi ed ha lo scopo di avviare un dibattito fra tutti i soggetti interessati⁵⁰ in merito alle azioni da intraprendere

⁴⁷ COM (93) 576 def. del 16 novembre 1993. Il Libro Verde è consultabile nella sua interezza, anche in lingua italiana, a partire dal seguente indirizzo web http://europa.eu/documentation/official-docs/green-papers/index_it.htm.

⁴⁸ Si consideri che il tema dell'accesso alla giustizia è essenziale per l'ordinamento giuridico comunitario, ed è espresso sia dall'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sia dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁴⁹ Si tratta di una definizione che in poche, brevi, frasi, esprime in maniera convincente quel disagio di cui si è già parlato, che è alla base della sempre maggiore domanda di forme alternative di risoluzione delle controversie: *“In uno “Stato di diritto” il legislatore è chiamato a stabilire, tramite norme generali, un equilibrio tra diritti e obblighi di ciascuno. Se i diritti riconosciuti dall'ordinamento sono lesi per effetto della violazione di una delle norme anzidette, una procedura (giudiziaria od amministrativa) deve permettere di “rendere giustizia” al soggetto che abbia subito il pregiudizio e di ripristinare al tempo stesso l'equilibrio di interessi voluto dal legislatore. Ove tale procedura non esistesse o non fosse “accessibile” ai titolari dell'interesse protetto dall'ordinamento giuridico, si avrebbe ovviamente una sfasatura tra il contesto disegnato dal legislatore e la realtà vissuta dai cittadini: il problema che per ragioni di sintesi è qui definito come “accesso alla giustizia” ha origine appunto dalla posizione asimmetrica del diritto rispetto alla realtà”* (Libro Verde cit., pag. 4).

⁵⁰ Si trattò, in pratica, di una corposa consultazione pubblica, il cui termine di partecipazione venne fissato al 31 maggio 1994.

per agevolare lo sviluppo del mercato unico, in particolare sotto il profilo della possibilità di facile risoluzione delle liti transfrontaliere⁵¹.

Nel documento, dunque, si esamina il problema dell'accesso alla giustizia con una panoramica trasversale dell'esperienza dei vari Stati, suddivisa, rispetto a ciascuno Stato⁵², nella trattazione delle procedure giurisdizionali semplificate, dei procedimenti non giurisdizionali, delle autorità amministrative, delle azioni di interesse collettivo e dei progetti pilota.

All'esito della comparazione, nel Libro sono tratte alcune conclusioni in ordine alla tutela dei diritti individuali e collettivi e alle specifiche difficoltà connesse alle liti transfrontaliere⁵³. Di qui, dunque, la necessità del dibattito, al fine di *“capire meglio le attese delle parti interessate e di riflettere al tempo stesso sull'opportunità di avviare un'azione comunitaria, nel rispetto del principio di sussidiarietà”*⁵⁴.

Nel perseguire il predetto specifico scopo, i contenuti del Libro Verde offrono anche alcuni spunti di riflessione sul tema delle ADR che qui interessa, cui

⁵¹ In particolare, la trattazione è dedicata alle liti di consumo per i motivi che sono così spiegati nello stesso Libro Verde cit., pag. 6: *“Il primo motivo risiede nella “credibilità” della costruzione europea vista dai cittadini. Tra i settori oggetto di normative comunitarie la tutela dei consumatori è quello che coinvolge il cittadino europeo nella sua vita quotidiana e che rende quindi più vicina la percezione dell'assetto unitario dell'Europa: l'asimmetria tra diritto e realtà che si riflette nel titolo “accesso alla giustizia” si risolverebbe qui nell'asimmetria tra i grandi principi che presiedono all'Europa dei cittadini” e la vita quotidiana dei cittadini stessi. In secondo luogo, se vi sono delle controversie la cui risoluzione rientra chiaramente nell'obiettivo e nella gestione del mercato unico, queste sono appunto le vertenze che possono insorgere dal libero gioco di questo mercato e cioè, principalmente, le vertenze che discendono dai contratti in materia di consumo”*.

⁵² All'epoca furono esaminati Belgio, Danimarca, Germania, Grecia, Spagna, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo e Regno Unito.

⁵³ La sintesi dell'esame svolto è efficacemente tratta a pag. 64 del Libro Verde: *“Alla luce dell'analisi “comparata” dei procedimenti esperibili negli Stati membri è lecito affermare che i modelli di riforma in materia di definizione delle vertenze individuali hanno seguito una duplice via: - da un lato, lo snellimento delle procedure giurisdizionali applicabili alle cause di “modesto valore” (nel contesto di una riforma generale ovvero attraverso provvedimenti “mirati”; - dall'altro, la messa a punto di procedimenti non giurisdizionali (conciliazione, mediazione, arbitrato,) specificamente dedicati alla trattazione e risoluzione delle controversie in materia di consumo (su iniziativa delle autorità pubbliche o, più spesso, degli operatori economici)”*.

⁵⁴ Libro Verde cit., pag. 105.

sono dedicati vari paragrafi (sia con riguardo ai singoli Stati membri che più in generale), considerato che il ricorso alle procedure ADR viene individuato come una delle possibili soluzioni da percorrere per migliorare l'accesso alla giustizia nel suo complesso (tant'è che se ne studiano le varie forme sperimentali all'epoca vigenti), particolarmente quando si tratta di liti di "valore minore"⁵⁵, quali sono quelle coinvolgenti i consumatori.

In quest'ottica, dunque, il Libro esamina alcuni aspetti più critici dell'accesso alla giustizia (costi, tempi, necessità di difesa tecnica, ecc..) le cui possibili soluzioni, successivamente approfondite e rielaborate, si tradurranno, come si vedrà nei prossimi paragrafi, in alcuni principi cardine, sempre di matrice europea, sulle forme di risoluzione alternativa delle controversie.

In altre parole, è anche grazie all'approfondimento effettuato con il Libro Verde che a livello europeo sono state in seguito delineate in maniera più compiuta le irrinunciabili caratteristiche da cui deve essere connotato un buon sistema di ADR⁵⁶, sul presupposto che le *"barriere che possono ostacolare l'accesso dei consumatori alla giustizia sono i tempi, i costi e l'efficienza delle"*

⁵⁵ Nel Libro Verde, peraltro, si evidenzia che il concetto di modesto valore può essere molto relativo: *"Dal punto di vista dei consumatori la nozione di controversia minore è fuorviante. Il valore di una determinata causa può essere "minore" per un'impresa, ma non per il singolo privato: la quantificazione che negli Stati membri è stata accolta per stabilire l'applicabilità delle procedure semplificate (media aritmetica = 1800 Ecu circa) è spesso superiore alla retribuzione mensile del singolo privato. Per il cittadino medio, quindi, il valore della causa è tanto "modesto" quanto un mese di fatturato per un'impresa. Dal punto di vista delle imprese la somma delle controversie "minori" può diventare economicamente non trascurabile: dal momento che qualsiasi transazione commerciale può dare adito a controversia (si tratta di una percentuale fisiologica sulla quale sono anche in corso studi previsionali), l'importanza delle procedure da seguire nella risoluzione delle controversie (anche di esiguo valore) è per esse primordiale alla stessa stregua che per i consumatori: in mancanza di procedure efficaci, non vi sarà né certezza giuridica né certezza economica"*(Libro Verde cit., pag. 76).

⁵⁶ Ed infatti, nei considerata della successiva Raccomandazione 98/257/CE, di cui si parlerà più diffusamente nel prossimo paragrafo (*Raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo*, pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. L 115 del 17/04/1998), la Commissione ricorda espressamente le risultanze del Libro Verde a conferma della necessità dell'intervento: *"... considerando che il Libro verde «L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico» è stato oggetto di un'ampia consultazione i cui risultati hanno confermato la necessità e l'urgenza di un'azione comunitaria destinata a migliorare la situazione attuale"*.

procedure”⁵⁷. Proprio su questi aspetti, infatti, si è concentrata la successiva azione europea in materia di ADR, espressa nei provvedimenti qui di seguito ricordati.

b). La Raccomandazione 98/257/CE

Si è già detto che la normativa europea in materia di ADR ha tratto origine da esigenze tipiche delle liti di consumo, le quali, per le caratteristiche più sopra ricordate, sono tradizionalmente quelle che soffrono in maniera maggiore le carenze del sistema ordinario di tutela dei diritti.

La scelta europea, quindi, è stata quella di fornire agli Stati Membri, tramite atti anche non vincolanti, un elenco di principi il cui rispetto può garantire il buon funzionamento delle forme ADR da realizzare.

Si deve ora aggiungere che la comprensione sistematica di quei principi, che ad oggi hanno costituito le fondamenta della legislazione di primo e secondo grado in materia di ADR, è strettamente connessa alla illustrazione sopra riportata sulle varie forme di ADR e, specificamente, alla determinante suddivisione delle stesse tra forme aggiudicative o negoziali, derivata dalla metodologia adottata per la trattazione delle controversie.

I due fondamentali (quantunque datati) documenti comunitari in materia, infatti, rinvenibili nella Raccomandazione della Commissione n. 98/257/CE del 30 marzo 1998 e n. 2001/310/CE, del 4 aprile 2001, sono espressione della cosiddetta *soft law* dell’Unione europea e si distinguono in base alla predetta suddivisione e, per quanto sotto alcuni profili siano indubitabilmente simili, hanno in realtà testualmente, già dal loro titolo, finalità ed ambiti di applicazione assolutamente diversi.

Nel caso della Raccomandazione della Commissione n. 98/257/CE, invero, il provvedimento è finalizzato ad individuare i principi applicabili agli organi

⁵⁷ Libro Verde, pag. 8

responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, vale a dire, in altre parole, agli organi che hanno il potere di *decidere* le controversie, ed è quello che più rileva nel presente lavoro, posto che si riferisce, appunto, alle forme Adr aggiudicative, quali effettivamente sono le forme arbitrali esaminate nel prosieguo.

Pertanto ad esso è qui dedicato un maggiore approfondimento, al fine di illustrare compiutamente i sette principi ivi fissati (*indipendenza, trasparenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà e rappresentanza*), così da rilevare più agevolmente, in seguito, le regole che conducono alla applicazione pratica dei predetti principi a livello nazionale, nell'ambito delle procedure aggiudicative di cui si tratterà⁵⁸.

Nell'esame del documento, tuttavia, si deve tenere conto del fatto che lo stesso è espressamente dedicato alle specifiche controversie in materie di consumo, ma con la consapevolezza che i principi così espressi a livello comunitario sono comunque stati in gran parte, se non totalmente, recepiti a livello nazionale ed estesi anche a liti che non sono prettamente di consumo⁵⁹.

Ciò premesso, si ricorda che, come sopra accennato, la Raccomandazione della Commissione n. 98/257/CE è testualmente riferita agli organi che

⁵⁸ Può essere interessante ricordare che nel commentare i principi della Raccomandazione qui in esame, GIARDA, R., *I diritti degli utenti finali*, in *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura di CLARICH, M., CARTEI, G., Giuffrè, Milano, 2004, ricorda che “*Il rispetto di tali principi è funzionale a garantire non solo ai consumatori, ma anche agli operatori commerciali, che le loro eventuali controversie saranno trattate con rigore ed equità (...) L'obiettivo non consiste soltanto nel promuovere la fiducia dei consumatori nei confronti delle procedure extragiudiziali, ma nell'assicurare, altresì, una concorrenza e un accesso effettivi al mercato da parte delle aziende (soprattutto, per le piccole e medie imprese). Infatti, la possibilità di utilizzare meccanismi alternativi rispetto alle corti di giustizia può evitare l'insorgere della controversia vera e propria, fornendo alle parti un incentivo a comporre la questione, prima di dover formalizzare la loro disputa presso terzi (...). In tal modo, i benefici dovrebbero essere apprezzabili anche dal punto di vista delle imprese: queste potranno impiegare le proprie energie economico-finanziarie e le risorse interne ai fini della produzione di beni e servizi e per lo sviluppo della loro capacità competitiva, piuttosto che nella gestione del relativo contenzioso con i consumatori*”.

⁵⁹ Ad esempio, nei Regolamenti di procedura che saranno di seguito esaminati, che sono idonei a disciplinare liti non solamente di consumo, ma anche liti insorte fra due soggetti professionali – si pensi ad esempio all'operatore di comunicazioni elettroniche e ad un utente cosiddetto *business* ovvero ad una società che ha un conto corrente bancario per il quale si rivolge all'Arbitro Bancario Finanziario – si rinviengono più volte i principi enunciati a livello comunitario, con richiami talvolta espressi ai documenti citati nel testo, ovvero talvolta soltanto tramite un'affermazione di principio che presuppone un richiamo implicito ai predetti documenti.

conducono ad una risoluzione delle liti tramite l'intervento attivo di un terzo che *propone o impone* una soluzione e il cui potere è, dunque, ben lontano dal (più mite) tipico potere di sollecitazione di una composizione bonaria della lite che, normalmente, si rinviene nei casi di conciliazione o mediazione. E' evidentemente per questo motivo, quindi, che a livello europeo si è avvertita l'esigenza di individuare ben sette principi, nei limiti dei quali gli Stati membri hanno la facoltà (in verità abbastanza ridotta, stante l'analiticità dei principi espressi) di organizzare procedure aggiudicative di risoluzione delle liti.

Per ciò che concerne l'impianto della Raccomandazione, si rilevano due considerazioni essenziali: la prima attiene al fatto che l'ideazione, lo sviluppo e la diffusione di metodi di risoluzione alternativa delle controversie possono aumentare la fiducia dei consumatori nell'ambito del mercato unico, considerate le difficoltà di rivolgersi alla giustizia ordinaria, sia in termini di tempi che di costi della spesa; la seconda considerazione, invece, attiene al fatto che per essere affidabili e per ben funzionare, tali metodi di risoluzione extragiudiziale delle controversie devono rispettare una serie di principi di funzionamento e di organizzazione che, in sostanza, possono essere riassunti nella necessità che coloro che si occupano della risoluzione stragiudiziale diano garanzie di indipendenza e di imparzialità⁶⁰.

In quest'ottica, dunque, la Raccomandazione indica, come primo principio che deve connotare l'azione dell'organo che ha il potere di definire una controversia, l'indipendenza dell'organo stesso.

In altre parole, secondo la Raccomandazione il principio di indipendenza si estrinseca nella imparzialità dell'azione di tale organo, che, qualora esso sia monocratico, deve essere garantita attraverso una serie di accorgimenti che la

⁶⁰L'importanza del tema della indipendenza e imparzialità degli organi che possono risolvere le controversie era già stata segnalata dalla Commissione europea nell'ambito del Libro Verde cit., pag. 69: *"In mancanza di iniziative volte a migliorare l'accesso alla giustizia "pubblica", è da ritenersi che la tendenza anzidetta (verso i sistemi ADR, n.d.r.) si svilupperà sempre più, in quanto, sotto il profilo economico, essa corrisponde ad una domanda "effettiva". Ma in tale contesto è legittimo anche chiedersi in quale misura i requisiti di indipendenza (o quanto meno di imparzialità) che nello stato di diritto sono richiesti ai membri della magistratura ordinaria, potranno essere garantiti dai nuovi "giudici" che sono sempre più chiamati a comporre controversie al di fuori di qualsiasi ordinamento giudiziario"*.

Commissione Europea si fa carico di elencare e che insistono particolarmente sulla qualità di chi ha la funzione di arbitro o giudice monocratico in nelle procedure di risoluzione delle liti.

Si richiede, invero, che colui il quale assume la decisione abbia capacità e competenza – dovuta anche ad esperienza – per lo svolgimento delle sue funzioni e che abbia, peraltro, una specifica competenza in materia giuridica così da assicurare, evidentemente, non soltanto l'applicazione del diritto speciale di cui può trattarsi, ma anche il rispetto dei principi generali dell'ordinamento, certamente non derogabili nell'ambito delle liti di consumo o, più in generale, nell'ambito di liti di settore.

A corollario di detto principio, nella Raccomandazione sono inserite ulteriori specificazioni che hanno il fine di illustrarne le modalità applicative: ad esempio, per assicurare la necessaria libertà di azione che possa garantire un giudizio scevro da interessi particolaristici, si richiede che l'organo designato rivesta una carica la cui durata sia slegata dall'azione dei singoli Governi o dei singoli organi che lo designano e che, peraltro, esso abbia un incarico di natura irrevocabile – salvo il caso del giustificato motivo – al fine di garantire che non sia suscettibile di pressioni o di richieste lobbistiche⁶¹.

Le stesse misure di indipendenza debbono naturalmente essere assicurate nel caso in cui l'organo decidente sia a composizione collegiale e, per simili ipotesi, la stessa Raccomandazione stabilisce una delle possibili soluzioni per garantire l'indipendenza, suggerendo di costituire l'organo collegiale tramite una rappresentanza paritaria di consumatori e di professionisti, ferma restando la possibilità di assicurare l'indipendenza anche per il tramite del rispetto dei criteri sopra enunciati.

Il secondo principio enunciato nella Raccomandazione della Commissione Europea concerne la trasparenza delle procedure Adr.

⁶¹ Cfr. il paragrafo 1 della Raccomandazione. Ancora per assicurare l'imparzialità del giudizio, viene anche stabilito, infine, che qualora l'organo designato sia nominato o retribuito da un'associazione professionale ovvero da un'impresa, non vi debbano essere stati, fra l'organo medesimo e l'ente designante, rapporti di lavoro o di interesse professionale per un tempo sufficientemente lungo, che è indicato in tre anni precedenti l'entrata in funzione dell'organo decidente.

Si tratta di un principio certamente fondamentale, già se soltanto si considera che la piena conoscenza delle procedure extragiudiziali per la risoluzione delle controversie costituisce il presupposto per la loro diffusione e, conseguentemente, per il loro apprezzamento da parte degli utenti. La trasparenza, quindi, in definitiva, è essenziale per il raggiungimento degli obiettivi di tutela che la stessa ideazione di procedure per la risoluzione alternativa delle controversie intende perseguire⁶².

In quest'ottica, pertanto, al secondo paragrafo della Raccomandazione è previsto che gli Stati adottino mezzi adeguati per far sì che qualunque soggetto interessato possa ben conoscere le procedure e i risultati dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie.

Più specificamente, deve essere garantita la conoscibilità delle competenze degli organi (per materia, valore e territorio), di eventuali condizioni di procedibilità, delle modalità di trattazione scritta e orale delle controversie, della necessità di partecipare personalmente al giudizio, dei costi della procedura e del regime di ripartizione delle spese.

Inoltre, e ciò è fondamentale, i soggetti interessati devono poter conoscere non soltanto le modalità che sovrintendono all'adozione dei provvedimenti, ma anche il valore giuridico delle singole decisioni. In altre parole, gli interessati debbono poter sapere se le decisioni che saranno adottate dall'organo responsabile abbiano o meno valore vincolante e, in caso positivo, deve anche essere precisato

⁶² Si vedrà, infatti, che non a caso i risultati conseguibili tramite le procedure dell'ABF, dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni sono ampiamente pubblicizzati. D'altro canto, e ciò è intuitivo, si tratta di informazioni necessarie alla sopravvivenza stessa delle procedure, poiché – essendone la scelta facoltativa – nessuno le attiverebbe nell'incertezza delle relative conseguenze. Anzi, sarà evidenziato come, talvolta, proprio il contenuto di alcuni pronunciamenti su questioni di particolare interesse dell'opinione pubblica dello specifico settore faccia, in sostanza, da vero e proprio “volano” per la diffusione delle stesse procedure (emblematico è il caso delle prime pronunce rese dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nelle ipotesi di “mancata risposta al reclamo” da parte di operatori di comunicazioni elettroniche verso la clientela: considerato che la difficoltà di intrattenere un dialogo sensato con il proprio operatore è un problema largamente condiviso dall'utenza, le pronunce in materia – che riconoscevano uno specifico indennizzo agli utenti che non avessero ricevuto una tempestiva risposta ai reclami – hanno determinato un significativo aumento delle domande di arbitrato; lo stesso potrebbe dirsi per le pronunce dell'ABF in materia di disservizi Bancomat, che in quasi due anni di operatività dell'arbitro sono – da sole – oltre 500).

quali siano le sanzioni applicabili per il mancato rispetto delle medesime decisioni ovvero quale sia il regime di impugnazione delle stesse.

Ancora in un'ottica di trasparenza, poi, questa volta rivolta al pubblico più che al singolo utente del servizio di risoluzione extragiudiziale della controversia, è previsto che, con cadenza perlomeno annuale, l'organo competente pubblichi una relazione che contenga i risultati ottenuti e una disamina della casistica trattata. La previsione ha dunque l'evidente scopo di permettere a coloro che volessero aderire al servizio di valutare la convenienza dell'affare anche sotto il profilo della giurisprudenza formatasi nella materia che li concerne.

Il terzo principio cui fa riferimento la Raccomandazione della Commissione Europea è quello del contraddittorio, che viene peraltro formulato in una maniera assolutamente ampia, così da permetterne a livello dei singoli Stati l'interpretazione più garantista possibile. E' infatti previsto, in linea generale, che la procedura deve poter consentire, a tutte le parti interessate, di far conoscere il proprio punto di vista all'organo competente e di prendere conoscenza di tutte le posizioni e di tutti i fatti avanzati dall'altra parte nonché, eventualmente, delle dichiarazioni degli esperti.

Nel principio di efficacia di cui al quarto paragrafo della Raccomandazione, poi, si rinvencono una serie di indicazioni eterogenee, le quali tuttavia condividono il comune denominatore della necessità di assicurare, appunto, una efficace tutela al fruitore del servizio di risoluzione extragiudiziale della controversia; conseguentemente, il principio di efficacia deve essere inteso nel senso della capacità del sistema di risoluzione extragiudiziale di produrre l'effetto voluto, che consiste, come già ricordato, nell'accrescere la fiducia del consumatore del mercato unico grazie alla disponibilità di semplici procedure extragiudiziali, in una parola più convenienti delle tradizionali forme di risoluzione delle liti.

Così inteso, dunque, il principio di efficacia nel suo complesso, si comprende in maniera più agevole la portata delle singole raccomandazioni contenute nel quarto paragrafo, che spaziano dalla possibilità che l'accesso alla procedura sia effettuato senza l'ausilio di un legale, alla gratuità o limitata onerosità della procedura, fino alla raccomandazione sulla fissazione di termini

brevi e sul riconoscimento di poteri istruttori “d’ufficio” in capo all’organo decidente, affinché possa avvalersi di tutti gli elementi utili ai fini della risoluzione della controversia.

Nel paragrafo quinto, con il principio di legalità, si esprime invece, innanzitutto, la necessità che il singolo metodo di composizione extragiudiziale delle controversie, nella sua organizzazione, struttura e decisione, non si discosti in maniera significativa da quelli che sono i diritti fondamentali previsti nel Paese in cui detto metodo risiede.

In questo primo senso, dunque, al principio di legalità è dato un significato di portata generale, poiché con esso, in altre parole, la Commissione ha inteso garantire che, nel riconoscere la possibilità di comporre extragiudizialmente le liti, al consumatore non sia negata una protezione che altrimenti gli sarebbe spettata in base alle norme non derogabili dello Stato in cui risiede; e ciò viene enunciato sia che si tratti di una controversia nazionale che di una controversia transfrontaliera.

Nell’ultimo comma del medesimo paragrafo quinto, invece, il principio di legalità torna ad assumere un’accezione a noi più nota, poiché esprime la necessità di motivare qualsiasi provvedimento che sia emesso all’esito della procedura di risoluzione alternativa delle liti, così intendendo assicurare che non si possa pervenire a decisioni svincolate dalle risultanze di fatto e di diritto dell’istruttoria. E’ peraltro previsto che ogni provvedimento sia comunicato in forma idonea alle parti interessate, anche al fine, giova ricordarlo, di permetterne l’impugnativa (del regime della quale deve essere data notizia, in applicazione del precedente principio di trasparenza di cui al secondo paragrafo).

Nel sesto paragrafo, invece, è enunciato il cosiddetto principio di libertà, che potrebbe forse essere meglio compreso ove denominato “di libertà di scelta”.

Tramite detto principio, infatti, la Raccomandazione si premura di prevedere che le parti possano essere vincolate da una decisione resa in sede di composizione extragiudiziale delle controversie soltanto nel caso in cui esse ne siano state previamente informate e vi abbiano aderito esplicitamente; a corollario di detta libertà di scelta, peraltro, si ritrova la specificazione che non è possibile vincolare il consumatore a monte, per esempio in un formulario contrattuale, rispetto alla necessità di ricorrere ad una procedura extragiudiziale di risoluzione

della controversia, se il ricorso a tale soluzione lo priva della possibilità di adire la giustizia ordinaria.

Infine, da leggersi in combinato con le raccomandazioni di cui al quarto paragrafo sul predetto principio di efficacia, si rinviene nel settimo e ultimo paragrafo il principio cosiddetto di rappresentanza, espresso in una sola previsione, per affermare che in nessun caso si possono privare le parti, nell'ambito della procedura, del diritto di farsi rappresentare o accompagnare da un terzo in qualunque fase della stessa⁶³.

c). La Raccomandazione 2001/310/CE

L'altro documento fondamentale cui occorre far riferimento per comprendere i principi europei in materia di ADR, è quello di cui alla citata Raccomandazione 2001/310/CE, testualmente dedicata alle forme di risoluzione di natura negoziale, (nelle quali, cioè, organi terzi si adoperano per risolvere una controversia facendo incontrare le parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo), non contemplate dalla precedente Raccomandazione; restano escluse, tuttavia, le procedure di reclamo aziendali anche se affidate a soggetti terzi⁶⁴.

⁶³ Sul punto si veda BARTOLOMUCCI, P, op. cit., p. 856, il quale fa notare che la necessità della rappresentanza può essere giustificata dalle numerose variabili che l'utente del servizio di ADR può incontrare: *"In effetti, la natura delle iniziative attivate nell'ambito del contesto europeo di risoluzione extragiudiziale delle liti in materia di consumo è assai variegata, per quanto riguarda la struttura, il funzionamento e lo svolgimento del procedimento. Il sistema extragiudiziale, nonostante gli incontestabili vantaggi, può tuttavia presentare alcuni punti deboli, come la flessibilità che consente di escludere l'applicazione rigida delle norme di diritto, la mancanza di strumenti di ricorso contro la decisione, quando essa abbia carattere vincolante, o le difficoltà dell'esecuzione di tali decisioni, soprattutto in uno Stato diverso da quello di adozione della decisione stessa. Per questo motivo, diventa necessaria l'adozione di precise garanzie (...) anche per aumentare la credibilità dei sistemi extragiudiziali nei confronti dei consumatori"*.

⁶⁴ Nel nono considerando della Raccomandazione l'esclusione viene spiegata argomentando che il tipico, preliminare, scambio di opinioni fra le parti contrapposte non è equiparabile alla vera e propria controversia: *"I principi sono limitati alle procedure di risoluzione delle controversie in materia di consumo designate quali alternative alle risoluzioni delle controversie in un tribunale. Quindi i meccanismi di reclamo dei consumatori gestiti da un'azienda o condotti direttamente coi*

Nel suo complesso, la Raccomandazione dell'anno 2001 trae fondamento dalle stesse premesse di quella dell'anno 1998, e persegue simili obiettivi (aumentare la fiducia dei consumatori per un più vivace sviluppo del mercato interno).

Tuttavia, il diverso oggetto della disciplina comporta che le disposizioni di quella qui in esame – riassunte nei quattro noti principi di *imparzialità*, *trasparenza*, *efficacia* ed *equità* – sono principalmente riferite, più che agli organi responsabili delle forme ADR, alle caratteristiche della procedura.

Ciò premesso in punto di ricostruzione sistematica, deve comunque essere rilevato che, nonostante il diverso ambito di applicazione, le singole disposizioni delle due Raccomandazioni talvolta coincidono (perlomeno sostanzialmente se non anche testualmente).

In particolare, infatti, dopo l'enunciazione del principio di imparzialità, la cui estrinsecazione si ha nelle qualità del responsabile della procedura, che è il soggetto – appunto – “terzo”⁶⁵ il quale, come detto, si adopera per far trovare alle parti una soluzione bonaria, gli altri principi sono più specificamente dettagliati con riguardo alle modalità operative del metodo ADR e in più punti ricordano quelli già esaminati per le procedure giudicative.

Il principio di trasparenza, per esempio, implica che le parti interessate siano informate non soltanto della disponibilità della procedura, ma anche del suo complessivo funzionamento, ivi compreso il suo ambito di applicazione e le sue finalità e forma giuridica, la eventuale sussistenza di condizioni di procedibilità, la lingua parlata, le norme applicate, il calendario, i costi, e così via.

Ancora a fini di trasparenza, è prevista la tenuta di un registro dei contenziosi nonché la diffusione di notizie relative alla generalità delle

consumatori a laddove tali servizi sono affidati a terzi per conto dell'impresa sono esclusi in quanto costituiscono parte delle usuali discussioni tra le parti prima che si materializzi una controversia suscettibile di essere sottoposta a un organo terzo responsabile della risoluzione delle controversie o a un tribunale”.

⁶⁵ Per assicurare la terzietà si richiede, in particolare, che il soggetto sia designato a tempo indeterminato e sia inamovibile, salvo giusta causa, che non si trovi in conflitto di interessi con le parti e che informi le stesse, prima di prestare la propria opera, sulla sua imparzialità e competenza.

controversie trattate, quali il numero, la tipologia, le tempistiche di risoluzione, le problematiche ricorrenti, comprese, ove disponibili, le (invero utilissime) notizie sugli adempimenti delle soluzioni concordati tra le parti⁶⁶.

Per ciò che concerne il principio di efficacia della procedura, invece, le raccomandazioni della Commissione europea focalizzano sull'accessibilità della stessa (anche *on line*), sui costi contenuti e proporzionati all'oggetto del contendere, sulla possibilità di agire senza l'assistenza di un legale (che in ogni caso non può essere negata) e sulla brevità dei termini.

Sotto questo principio, poi, si ritrova la particolare raccomandazione secondo cui la condotta delle parti può essere oggetto di esame da parte dell'organo responsabile *“per assicurare che esse siano impegnate a cercare una risoluzione adeguata, equa e tempestiva della controversia”*, cui consegue l'ulteriore previsione secondo la quale *“se la condotta di una parte è insoddisfacente, entrambe le parti ne sono informate, onde consentire loro di valutare se continuare la procedura di risoluzione della controversia”*⁶⁷.

La previsione è di rilievo poiché in poche frasi esprime l'essenza stessa dei metodi ADR negoziali, nei quali – appunto – la volontà delle parti di raggiungere un accordo costituisce il presupposto fondamentale del buon funzionamento della procedura⁶⁸. Essa, inoltre, può anche essere richiamata per comprendere la *ratio* di quelle previsioni che, nella disciplina di alcuni metodi ADR, come si vedrà,

⁶⁶ Il problema della tutela esperibile in caso di mancato adempimento all'accordo raggiunto in sede conciliativa è infatti assolutamente rilevante, poiché rischia di vanificare tutti gli effetti benefici della precedente fase conciliativa. La parte che è riuscita a trovare (una più o meno completa) soddisfazione grazie alla procedura ADR, invero, nel momento in cui la controparte non dia spontaneamente seguito agli impegni assunti, si ritrova, in sostanza, allo stesso punto di partenza: infatti, sebbene i verbali di conciliazione costituiscano generalmente titolo esecutivo (ai sensi dell'articolo 12 del citato decreto legislativo n. 28/2010 in caso di mediazione nelle materie civili e commerciali e, nel settore delle comunicazioni elettroniche, ai sensi dell'articolo 2, comma 24, della Legge n. 481/1995 e dell'art. 12, comma 2, del regolamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni), non vi è dubbio che per l'avvio della relativa esecuzione l'impegno – in termini di tempi, costi, assistenza tecnica – sia significativamente gravoso.

⁶⁷ Parte II, paragrafo C, punto 6 della Raccomandazione.

⁶⁸ Alla detta raccomandazione può ritenersi connessa anche quella di cui al successivo paragrafo D, punto c, sotto il diverso principio di equità, secondo cui entrambe le parti sono incoraggiate a cooperare pienamente con lo svolgimento della procedura, in particolare fornendo tutte le informazioni necessarie per un'equa risoluzione della controversia.

ricollegano effetti più o meno punitivi alla condotta non collaborativa di una delle parti.

Sotto il principio dell'equità, infine, si ritrovano disposizioni varie, complessivamente finalizzate, in sintesi, ad assicurare che le parti apprezzino liberamente la possibilità di accedere alla procedura e di accettarne la soluzione, avendo il tempo di ponderarla e dovendo essere edotte (in linguaggio chiaro e comprensibile) sul suo regime giuridico, nonché sulla possibilità di ricorrere alla giurisdizione ordinaria ovvero agli altri metodi ADR (aggiudicativi) ricadenti sotto la Raccomandazione n. 98/257/CE.

d). La Direttiva 2008/52/CE e cenni alla mediazione italiana

Più recentemente, abbandonato il meccanismo della *soft law*, l'Unione europea ha emanato la nota Direttiva n. 2008/52/CE in materia di mediazione civile e commerciale⁶⁹, a seguito, anche questa volta, di una indagine conoscitiva, realizzata con il Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, risalente all'anno 2002⁷⁰.

La Direttiva costituisce certamente uno snodo importante, anche per la presente trattazione, in quanto costituisce il primo atto cogente dell'Unione europea specificamente dedicato alle ADR, e pertanto dalla stessa possono nuovamente enuclearsi alcuni dei principi che sovrintendono alla materia.

Il suo richiamo è inoltre dovuto ai fini dell'indagine, poiché nell'atto italiano di recepimento della Direttiva (vale a dire il più volte citato decreto n. 28/2010), il Legislatore italiano ha inserito un richiamo anche all'Arbitro Bancario Finanziario, riconoscendone dunque l'autonomia rispetto alle altre forme

⁶⁹ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee L 136 del 24 maggio 2008.

⁷⁰ Il Libro Verde è consultabile nella sua interezza in lingua italiana all'indirizzo web http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2002/com2002_0196it01.pdf.

Adr disciplinate nel decreto stesso; tale richiamo però comporta anche che, attualmente, il ricorso all'ABF – come i ricorsi agli altri organismi di mediazione disciplinati dal decreto – è condizione di procedibilità dell'azione giurisdizionale.

Fermo il predetto richiamo, che ha un effetto, invero, di unificazione di procedure sostanzialmente diverse (l'ABF è un arbitro, non un mediatore), si ricorda che, infatti, le prescrizioni della Direttiva, come si evince già dal nome, sono principalmente riferibili alle sole forme negoziali di ADR e non a quelle aggiudicative⁷¹. Inoltre, va evidenziato che, ormai, un provvedimento ancor più pertinente, ai fini che qui interessano, è la nuova proposta di Direttiva sulle ADR (negoziali e aggiudicative), della fine del mese di novembre 2011, della quale si tratterà nel prossimo paragrafo.

Ciò premesso, per quanto riguarda la limitazione delle disposizioni della Direttiva 2008/52/CE alle sole forme ADR negoziali, va rilevato che, come si è già avuto modo di notare, i principi enunciati a livello europeo in materia di ADR negoziali o aggiudicative spesso si sovrappongono, cosicché la disamina della Direttiva in questione fornisce comunque utili spunti sia per la tematica delle ADR in generale, sia per l'indagine specifica del presente lavoro.

Essa si compone di pochi articoli, ed è specificamente dedicata – è bene precisarlo – alle controversie transfrontaliere⁷², con il ricorrente obiettivo di

⁷¹ Più precisamente, peraltro, la Direttiva è testualmente dedicata alle sole forme negoziali nelle quali è prevista la presenza di un terzo facilitatore (il mediatore, appunto, che, ai sensi dell'art. 3, lettera b della Direttiva, deve “*condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente*”), così restando escluse tutte le forme di negoziazione diretta tra le parti, tra le quali, per esempio, ricade la cosiddetta conciliazione paritetica (che è tale proprio in quanto le parti si fronteggiano).

⁷² Dopo che nell'articolo 1, rubricato “*Obiettivo e ambito di applicazione*”, è precisato che la direttiva si applica alle controversie transfrontaliere, l'articolo 2, rubricato “*Controversie transfrontaliere*”, fornisce la definizione di tali controversie, stabilendo che “*1. Ai fini della presente direttiva per controversia transfrontaliera si intende una controversia in cui almeno una delle parti è domiciliata o risiede abitualmente in uno Stato membro diverso da quello di qualsiasi altra parte alla data in cui: a) le parti concordano di ricorrere alla mediazione dopo il sorgere della controversia; b) il ricorso alla mediazione è ordinato da un organo giurisdizionale; c) l'obbligo di ricorrere alla mediazione sorge a norma del diritto nazionale; d) ai fini dell'articolo 5, un invito è rivolto alle parti (si tratta dell'invito rivolto da un organo giurisdizionale investito della controversia, n.d.r.). 2. In deroga al paragrafo 1, ai fini degli articoli 7 e 8 (si tratta delle disposizioni dedicate alla riservatezza della mediazione e al fatto che nel tempo occorrente alla mediazione sono impregiudicati i termini di prescrizione e decadenza) per controversia transfrontaliera si intende altresì una controversia in cui un procedimento giudiziario o di arbitrato risultante da una mediazione tra le parti è avviato in uno Stato membro diverso da*

concorrere a “garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell’Unione europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia”⁷³, poiché la mediazione “può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti”⁷⁴.

Ciò perché, è spiegato nella parte motiva della Direttiva, “Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera”⁷⁵.

Fermo restando, dunque, il predetto ambito di applicazione alle controversie transfrontaliere, la Direttiva, comunque, non preclude (in realtà, neanche impone) che le sue disposizioni possano essere applicate nel diritto relativo al contenzioso interno; infatti, il considerando 8 prevede che “Le disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni”.

A tale premessa sono poi collegate le successive considerazioni n. 13 e n. 14, nelle quali – chiarito l’ambito di applicazione – si affronta il tema della

quello in cui le parti erano domiciliate o risiedevano abitualmente alla data di cui al paragrafo 1, lettere a), b) o c). 3. Ai fini dei paragrafi 1 e 2, il domicilio è stabilito in conformità degli articoli 59 e 60 del regolamento (CE) n. 44/2001”.

⁷³ Il riferimento è al considerando 5.

⁷⁴ Questa osservazione, espressa nel considerando 6, è poi completata dalle previsioni dell’articolo 1 della direttiva, rubricato “Obiettivo e ambito di applicazione”, i cui paragrafi 1 e 2 specificano che “1. La presente direttiva ha l’obiettivo di facilitare l’accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un’equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario. 2. La presente direttiva si applica, nelle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale tranne per i diritti e gli obblighi non riconosciuti alle parti dalla pertinente legge applicabile. Essa non si estende, in particolare, alla materia fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell’esercizio di pubblici poteri (acta iure imperii)”.

⁷⁵ Il riferimento è ancora al considerando 6.

obbligatorietà o meno della mediazione, che è tema di attualità stringente, poiché la scelta italiana di recepimento, nel senso della obbligatorietà, ha sollevato numerose perplessità⁷⁶.

In particolare, nel considerando 13, si afferma che *“La mediazione di cui alla presente direttiva dovrebbe essere un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento”*, il che (stante anche il significato probabilmente atecnico della traduzione della locuzione “volontaria giurisdizione”)⁷⁷ potrebbe far ritenere che l’adesione alla mediazione debba essere, *tout court*, “volontaria”⁷⁸.

Ciò sembra peraltro confermato dalla successiva precisazione, contenuta nel successivo considerando 14, che si premura – appunto – di fare salve le disposizioni contrarie, stabilendo che *“La presente direttiva dovrebbe inoltre fare salva la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario”*⁷⁹.

⁷⁶ Di recente, ad esempio, si vedano i commenti di ALPA, G., *Mediazione e conciliazione. Un sistema disciplinare di difficile praticabilità*, in *ABF e supervisione bancaria*, Atti del seminario tenutosi nell’Università Luiss Guido Carli di Roma il 23 novembre 2011, Capriglione, F., Pellegrini, M. (a cura di), Milano, Cedam.

⁷⁷ La traduzione “volontaria giurisdizione”, stante il significato assunto da tale definizione nell’ordinamento italiano, potrebbe infatti non essere pertinente; al riguardo si noti che nella versione inglese della Direttiva, la medesima locuzione è tradotta in “*voluntary process*”, mentre nel testo francese la dizione è “*processus volontaire*”. Entrambi i documenti in lingua sono disponibili a partire dal sito web <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>.

⁷⁸ La formulazione è comunque abbastanza criptica: già nel medesimo considerando, è però aggiunto che *“Tuttavia, in virtù del diritto nazionale, l’organo giurisdizionale dovrebbe avere la possibilità di fissare un termine al processo di mediazione”*, così lasciando spazio ad un’interpretazione secondo cui nel potere riconosciuto al Giudice interno (e quindi, a monte, al Legislatore nazionale), di fissare un termine per l’esperimento della mediazione, non rientri soltanto la disciplina del tempo occorrente alla mediazione, ma finanche la possibilità di imporre l’esperimento obbligatorio della stessa.

⁷⁹ Tale argomentazione è poi pedissequamente riportata nell’articolo 5, paragrafo 2, della direttiva, che espressamente stabilisce che *“La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l’inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario”*.

Il tema, come accennato, è di rilievo poiché il Legislatore italiano, nel recepire la direttiva, ha decisamente aderito alla possibilità di utilizzarne le prescrizioni per il contenzioso nazionale (civile e commerciale)⁸⁰, decidendo peraltro di imporre l'obbligatorietà della mediazione per alcune specifiche materie, per le quali essa è divenuta "condizione di procedibilità" dell'azione giurisdizionale.

L'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, infatti, stabilisce che l'esperimento del procedimento di mediazione, disciplinato nei successivi articoli in linea con le disposizioni della direttiva qui in esame, è "*condizione di procedibilità della domanda giudiziale*" per le materie⁸¹ (civili e commerciali, appunto) indicate nel medesimo articolo⁸².

⁸⁰ In linea con le previsioni della Direttiva 2008/52/CE, il Legislatore italiano ha escluso dalla mediazione soltanto le materie relative ai diritti indisponibili. Nell'articolo 2 del decreto legislativo di recepimento, pertanto, rubricato "*Controversie oggetto di mediazione*", è infatti previsto che "*Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto*". In questa maniera, quindi, il Legislatore ha generalizzato il ricorso alla mediazione volontaria, mentre nel successivo articolo 5, di cui alla nota successiva, ha individuato le materie in cui la mediazione è invece obbligatoria.

⁸¹ L'articolo 5 citato, rubricato "*Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*", al comma 1, così recita: "*Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale*". Lo stesso comma peraltro prosegue disciplinando le regole processuali sulla rilevazione della improcedibilità (dal convenuto o d'ufficio entro e non oltre la prima udienza, a pena di decadenza) e le relative conseguenze (il Giudice assegna un termine di quindici giorni per presentare la domanda).

⁸² Anche per queste ultime materie, tuttavia, sussistono delle eccezioni, collegate alla specifica tipologia di procedimento giudiziario azionata, di cui si dà conto nel comma 4 del medesimo articolo 5, che infatti dispone: "*I commi 1 e 2 non si applicano: a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile; c) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile; d) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; e) nei procedimenti in camera di consiglio; f) nell'azione civile esercitata nel processo penale*".

Si tratta, peraltro, della medesima disposizione che attribuisce la predetta qualità di condizione di procedibilità anche al “*procedimento istituito in attuazione dell’art. 128 bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate*”, vale a dire al procedimento dinanzi all’arbitro Bancario Finanziario, oggetto del presente lavoro.

Pertanto, sebbene le scelte legislative di recepimento della direttiva e le loro implicazioni esulino, in realtà, da questa trattazione – finalizzata all’esame dei principi comunitari in materia di ADR e, in ambito nazionale, al più ristretto campo di alcune procedure ADR aggiudicative, espressamente fatte salve dal decreto legislativo di recepimento – si ritiene comunque doveroso ricordare che le perplessità sollevate dalla scelta del legislatore italiano di rendere obbligatorio il ricorso alla mediazione (nonché all’ABF, in virtù della disposizione sopra trascritta) sono infine sfociate nella questione di legittimità costituzionale delle norme del decreto di recepimento, sollevata con l’ordinanza del Tar Lazio, Sezione I, del 9 marzo – 12 aprile 2011, n. 3202⁸³, che le ha efficacemente tradotte⁸⁴.

⁸³ L’ordinanza è riportata nella sua interezza in *Guida al diritto*, anno XVIII, n. 17 del 23 aprile 2011, pag.15, con commenti di PONTE, D., pag. 29, *Continua il braccio di ferro sul nuovo istituto segnato un punto a favore di chi lo avversa*, SOLDATI, N., pag.32, *Al vaglio l’obbligo del “previo esperimento”*.

⁸⁴ Senza pretese di completezza, si ritiene utile ricordare che su questo punto la norma del decreto n. 28/2010 tacciata di incostituzionalità, per contrasto con gli articoli 24 e 77 della Costituzione (dunque per la limitazione che ne scaturisce per il diritto di difesa in assenza di un’espressa previsione in tal senso nell’ambito della legge delega), è contenuta nell’articolo 5, in particolare laddove prevede che l’esperimento della mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale (con rilevanza d’ufficio). Il Tar, in particolare, dopo una minuziosa disamina della disciplina comunitaria in materia di mediazione nelle materie civili e commerciali, nonché del decreto di recepimento, arriva ad esaminare il vizio di costituzionalità della norma citata principiando il ragionamento da un’altra specifica doglianza sollevata da alcuni ricorrenti, relativa, in sostanza, al grado di tecnicismo richiesto agli organismi di mediazione, per i quali l’articolo 16 del decreto (e, di conseguenza, anche il Decreto applicativo n. 180/2010) si limita a richiedere requisiti di “serietà ed efficienza”, quindi di funzionalità generica, sostituendoli a quelli di “competenza e professionalità” previsti per contro nella Direttiva comunitaria e nella legge delega. Secondo il Tar, per comprendere la fondatezza di quest’ultima doglianza (vale a dire, per poter apprezzare i requisiti che, in via attuativa - amministrativa, è legittimo richiedere al mediatore ovvero da cui è legittimamente consentito prescindere), diventa fondamentale la puntuale individuazione che l’ordinamento giuridico nazionale intende effettivamente affidare alla mediazione: “E’ infatti intuitivo, anche sotto il profilo del grado di affidamento da ingenerarsi verso l’esterno in relazione alla figura del mediatore, e che si riflette nella professionalità che in capo al medesimo l’amministrazione è tenuta a verificare, che – una cosa è la costruzione della

La questione è tuttora *sub judice*⁸⁵; tuttavia non se ne può tacere l'importanza, anche in considerazione del fatto che l'eventuale declaratoria di

mediazione come strumento cui lo stato in un vasto ambito di materie obbligatoriamente e preventivamente rimandi per l'esercizio del diritto di difesa in giudizio; – un'altra cosa è la costruzione della mediazione come strumento generale normativamente predisposto, di cui lo Stato incoraggi o favorisca l'utilizzo, lasciando pur tuttavia impregiudicata la libertà nell'apprezzamento dell'interesse del privato ad adirla ed a sopportarne i relativi effetti e costi". Ciò premesso, il Tribunale passa dunque all'esame dell'articolo 5, *"il cui combinato disposto costituisce il vero perno della regolazione delegata"*. Sul punto, il Collegio rileva innanzitutto che né la Direttiva comunitaria – che si riferiva alle controversie transfrontaliere, pur prevedendo la possibilità di applicazione ai procedimenti di mediazione interni – né, soprattutto, la legge delega (nelle singole norme o nel complesso) contengono indicazioni che possano far ritenere doveroso configurare la mediazione quale fase pre-processuale obbligatoria. Né è possibile ritenere, secondo il Tribunale, che una simile scelta (nel ventaglio delle possibilità lasciate aperte dalla Direttiva) sia stata rimessa al legislatore delegato; ma quand'anche fosse, *"il silenzio del legislatore delegante su tali ultime opzioni non ha, né può avere, alla luce della doverosa interpretazione della delega agli artt. 24 e 77 Cost., il significato di assentire la meccanica introduzione nell'ordinamento statale delle opzioni comunitarie che, rispetto al diritto di difesa come scolpito dall'art. 24 Cost., appaiono le più estreme, ovvero la "prescrizione di diritto" per talune materie dell'obbligatorietà del ricorso alla mediazione, e la predisposizione della massima sanzione per il suo eventuale inadempimento, quale è l'improcedibilità rilevabile anche d'ufficio, come, al contempo, ha fatto l'art. 5 del decreto delegato"*. Il Tribunale peraltro segnala che sebbene sia vero, anche per giurisprudenza costante, che l'obbligatorietà di una fase pre-processuale non implichi necessariamente la lesione del diritto di difesa ex art. 24 Cost., ciò non impedisce comunque il vaglio delle relativa norma né, in ogni caso, autorizza il legislatore delegato ad agire oltre la delega. Anzi in detta delega, in realtà, evidenzia ancora il Collegio, si rinveniva un richiamo al decreto sulla riforma societaria (qui citato alla nota 14), ove la disponibilità delle forme ADR di settore era sostanzialmente rimessa alla volontà delle parti. Così pure, secondo il Tar sembra far propendere per la non obbligatorietà della mediazione nella mens del legislatore delegante, il fatto che nella legge delega fosse previsto che i difensori avvertano le parti della possibilità dell'ADR, e non della sua obbligatorietà. A nulla rilevano, invece, le argomentazioni contrarie, particolarmente quelle sulla necessità di tutelare l'interesse generale alla sollecita definizione della giustizia ed al contenimento *"dell'abuso del diritto alla tutela giurisdizionale"* (abuso della cui legittima e generica visualizzazione il Tar peraltro dubita): si tratta, infatti, di questioni di merito, mentre nello scrutinio di legittimità costituzionale occorre verificare se trattasi di scelte che il governo era legittimato ad attuare, e con le previste modalità, in forza delle attribuzioni delegate dal Parlamento. Né, tantomeno, vale la difesa secondo cui la mediazione è stata resa obbligatoria per materie particolarmente conflittuali, caratterizzate da complessità e lunga durata, poiché, ad avviso del Collegio, tale difesa più che confutare la tesi dei ricorrenti sembra confermarla. In definitiva, dunque, il Tar, per tutte le motivazioni sopra brevemente illustrate, ritiene non manifestamente infondate le questioni di costituzionalità dell'articolo 5 e 16 del decreto.

⁸⁵ Le questioni esatte riguardano la non manifesta infondatezza (oltre che la rilevanza) dei dubbi di legittimità costituzionale: : *" - dell'art. 5 del d. lgs. n. 28 del 2010, comma 1, primo periodo (che introduce a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa alle controversie nelle materie espressamente elencate l'obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione), secondo periodo (che prevede che l'esperimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale), terzo periodo (che dispone che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto o rilevata d'ufficio dal giudice); - dell'art. 16 del d. lgs. n. 28 del 2010, comma 1, laddove dispone che abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione sono gli enti pubblici e privati, che diano garanzie di "serietà ed efficienza". In particolare, le disposizioni di cui sopra risultano in contrasto con l'art. 24 Cost. nella misura in cui determinano, nelle considerate materie, una incisiva influenza da parte di situazioni preliminari e pregiudiziali sull'azionabilità in giudizio di diritti soggettivi e*

incostituzionalità avrebbe effetti rispetto all'indagine qui proposta, visto che – perlomeno allo stato – il procedimento dinanzi all'ABF ha conquistato il ruolo di condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria (si rimanda al capitolo II per una più ampia illustrazione delle relative implicazioni).

Ciò premesso sul (discusso) profilo della obbligatorietà o meno del ricorso all'Adr, per ciò che riguarda i principi generali e procedurali fissati dalla Direttiva nella materia, si rilevano senza dubbio alcune novità rispetto ai precedenti di *soft law* di cui si è parlato negli altri paragrafi.

Può affermarsi, infatti, che, con la Direttiva in esame, l'Unione europea è intervenuta in maniera più penetrante e specifica nella disciplina delle Adr (anche se soltanto di quelle negoziali e, anzi, nell'ambito di queste, soltanto rispetto a quelle nelle quali vi è la presenza di un terzo).

In particolare, si rinvencono alcuni elementi di novità rispetto al passato nelle disposizioni della Direttiva riferite a profili già noti, delineati nelle Raccomandazioni sopra esaminate (quali la figura del terzo che agevola la soluzione della lite, la riservatezza, il valore giuridico dell'accordo raggiunto).

La figura del mediatore, per esempio, definito come il terzo “*cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione*”⁸⁶, trova rinnovata attenzione nella enunciazione della

sulla successiva funzione giurisdizionale statuale, su cui lo svolgimento della mediazione variamente influisce. Ciò in quanto esse non garantiscono, mediante un'adeguata conformazione della figura del mediatore, che i privati non subiscano irreversibili pregiudizi derivanti dalla non coincidenza degli elementi loro offerti in valutazione per assentire o rifiutare l'accordo conciliativo, rispetto a quelli suscettibili, nel prosieguo, di essere evocati in giudizio. Le disposizioni in parola risultano altresì in contrasto con l'art. 77 Cost., atteso il silenzio serbato dal legislatore delegante in tema di obbligatorietà del previo esperimento della mediazione al fine dell'esercizio della tutela giudiziale in determinate materie, nonché tenuto conto del grado di specificità di alcuni principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega, art. 60 della l. 69/09, che risultano stridenti con le disposizioni stesse. In particolare, alcuni principi e criteri direttivi [lett. c); lett. n)] fanno escludere che l'obbligatorietà del previo esperimento della mediazione al fine dell'esercizio della tutela giudiziale in determinate materie possa rientrare nella discrezionalità commessa alla legislazione delegata, quale mero sviluppo o fisiologica attività di riempimento della delega, anche tenendo conto della sua ratio e finalità, nonché del contesto normativo comunitario al quale è ricollegabile”.

⁸⁶ La definizione citata è contenuta nell'articolo 3, lettera b) della Direttiva.

“Qualità della mediazione”⁸⁷, per la quale si richiede che gli Stati membri incoraggino l’elaborazione di Codici volontari di condotta e la formazione continua dei mediatori⁸⁸.

Anche il valore giuridico dell’accordo eventualmente raggiunto conquista nella Direttiva un ruolo di primo piano. Si ricorderà, infatti, che nella precedente Raccomandazione relativa alle forme ADR negoziali (ma, in verità, anche in quella relativa alle forme aggiudicative) il valore dell’accordo (o del provvedimento) era contemplato nella parte relativa alle informazioni da rendere ai partecipanti al sistema ADR, nel senso che si richiedeva che gli stessi fossero previamente ed adeguatamente informati dello stesso, senza tuttavia imporre una tipologia specifica.

Ora, invece, la Direttiva dispone che gli Stati membri assicurino che l’accordo raggiunto tramite la mediazione possa divenire esecutivo⁸⁹, così –

⁸⁷ L’art. 4 della Direttiva, rubricato, appunto, “Qualità della mediazione”, stabilisce che “1. Gli Stati membri incoraggiano in qualsiasi modo da essi ritenuto appropriato l’elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione nonché l’ottemperanza ai medesimi, così come qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione. 2. Gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti”.

⁸⁸ Sul punto si fa notare che nel decreto legislativo di recepimento, n. 28/2010, la necessaria competenza del mediatore è trattata soltanto in via indiretta, laddove è previsto che (articolo 3, comma 2) il Regolamento dell’organismo di mediazione prescelto deve garantire “modalità di nomina del mediatore che ne assicurano l’imparzialità e l’idoneità al corretto e sollecito svolgimento dell’incarico”. Tuttavia, detto profilo trova compiuta disciplina nel successivo Decreto Ministeriale 18 ottobre 2010, n. 180, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 4 novembre 2010, n. 258 “Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell’elenco dei formatori per la mediazione, nonché l’approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell’articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28”. In tale decreto, infatti, sono previste le necessarie attività di formazione dei mediatori, peraltro recentemente rivisitate.

⁸⁹ In particolare, il riferimento è ai primi due paragrafi dell’articolo 6 della Direttiva, rubricato “Esecutività degli accordi risultanti dalla mediazione”, secondo cui “1. Gli Stati membri assicurano che le parti, o una di esse con l’esplicito consenso delle altre, abbiano la possibilità di chiedere che il contenuto di un accordo scritto risultante da una mediazione sia reso esecutivo. Il contenuto di tale accordo è reso esecutivo salvo se, nel caso in questione, il contenuto dell’accordo è contrario alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta o se la legge di detto Stato membro non ne prevede l’esecutività. 2. Il contenuto dell’accordo può essere reso esecutivo in una sentenza, in una decisione o in un atto autentico da un organo giurisdizionale o da un’altra autorità competente in conformità del diritto dello Stato membro in cui è presentata la richiesta”.

all'evidenza – perseguendo un fine di effettività della tutela⁹⁰, a meno che, naturalmente, precisa la Direttiva, lo stesso non sia contrario “*alla legge dello Stato membro in cui viene presentata la richiesta*” di esecutività⁹¹.

Anche la riservatezza della procedura di mediazione, originariamente contemplata in maniera sfumata nelle Raccomandazioni sulle ADR, nella Direttiva assurge a regola generale⁹², affinché gli Stati membri garantiscano che ciò che accade durante la mediazione non possa poi essere utilizzato nell'eventuale successivo giudizio (nel senso che, stando alla lettera della Direttiva, i soggetti coinvolti a vario titolo nella procedura ADR “*non siano obbligati a testimoniare ... riguardo alle informazioni risultanti da un procedimento di mediazione o connesse con lo stesso*”).

L'indicazione è stata poi ampiamente ripresa a livello nazionale. Gli articoli 9 e 10 del decreto legislativo n. 28/2010, infatti, disciplinano,

⁹⁰ Il fine perseguito è chiaramente espresso nel considerando n. 19, secondo cui “*La mediazione non dovrebbe essere ritenuta un'alternativa deteriore al procedimento giudiziario nel senso che il rispetto degli accordi derivanti dalla mediazione dipenda dalla buona volontà delle parti*”. L'indicazione europea sulla necessità di assicurare effettività ai risultati della mediazione è poi stata recepita nell'articolo 12 del decreto legislativo n. 28/2010, rubricato “*Efficacia esecutiva ed esecuzione*”, i cui due commi stabiliscono, per quanto qui interessa, che “*1. Il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo (...). 2. Il verbale di cui al comma 1 costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale*”.

⁹¹ Benché il Legislatore italiano abbia recepito la limitazione comunitaria in merito alla necessità che il contenuto dell'Accordo non sia in contrasto con i principi generali dell'ordinamento nazionale che lo rende esecutivo (prevedendo, quindi, nel sopra trascritto articolo 12 del decreto legislativo n. 28/2010 che lo stesso non debba essere “*contrario all'ordine pubblico o a norme imperative*”), lo stesso articolo 12 ha comunque dato vita a gran parte delle critiche sollevate nei confronti del medesimo decreto (su cui si veda la apposita nota), sulla base dell'argomentazione secondo cui un'efficacia così significativa (al punto di permettere l'esecuzione forzata e l'iscrizione di ipoteca giudiziale) non potrebbe essere attribuita ad un atto alla cui formazione partecipa un terzo (il mediatore) le cui credenziali in termini di competenza tecnico/giuridica non sono sufficientemente assicurate.

⁹² Il riferimento è all'articolo 7 della Direttiva, rubricato “*Riservatezza della mediazione*”, che fa comunque salvi i casi in cui la rivelazione delle informazioni sia motivata da specifiche circostanze. In particolare, infatti, la rivelazione è possibile nei casi in cui “*a) ciò sia necessario per superiori considerazioni di ordine pubblico dello Stato membro interessato, in particolare sia necessario per assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori o per scongiurare un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona; oppure b) la comunicazione del contenuto dell'accordo risultante dalla mediazione sia necessaria ai fini dell'applicazione o dell'esecuzione di tale accordo*”.

rispettivamente, i profili della riservatezza delle informazioni⁹³ e della inutilizzabilità delle stesse⁹⁴, pervenendo ad assimilare la figura del mediatore a quella del difensore tecnico, per il quale il Codice di procedura penale stabilisce apposite libertà in caso di ispezione nonché il segreto professionale⁹⁵.

Infine, altra norma di rilievo nel contesto della Direttiva – oltre a quella sulle informazioni da rendere al pubblico, specialmente valorizzando la divulgazione tramite il web⁹⁶ e per il tramite dei professionisti che assistono le parti – è quella di cui all’articolo 8 della medesima, rubricata “*Effetto della mediazione sui termini di prescrizione e decadenza*”⁹⁷, in base alla quale, in

⁹³ L’articolo 9, “*Dovere di riservatezza*”, in particolare stabilisce che “1. Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell’organismo o comunque nell’ambito del procedimento di mediazione è tenuto all’obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo. 2. Rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti”.

⁹⁴ L’articolo 10, “*Inutilizzabilità e segreto professionale*”, prevede che “1. Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l’insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio. 2. Il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, nè davanti all’autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità. Al mediatore si applicano le disposizioni dell’articolo 200 del codice di procedura penale e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell’articolo 103 del codice di procedura penale in quanto applicabili”.

⁹⁵ Già prima della normativa in esame, al mediatore si attribuiva il compito della riservatezza. Secondo COSI, G., *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 5, “Le informazioni assunte nel corso della mediazione sono normalmente riservate e non possono venire utilizzate nell’ambito di altre procedure, formali o informali. La procedura di mediazione è una black box, un evento totalmente out of reports (salvo diversi accordi preventivi delle parti) sulla cui riservatezza il mediatore vigila per obbligo professionale” (in neretto le parole riportate in corsivo dall’Autore).

⁹⁶ Il riferimento è all’articolo 9 della Direttiva, “*Informazioni al pubblico*”, secondo cui “Gli Stati membri incoraggiano, in qualsiasi modo ritengano appropriato, la divulgazione al pubblico, in particolare via Internet, di informazioni sulle modalità per contattare i mediatori e le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione”.

⁹⁷ La norma citata, in particolare, al primo paragrafo stabilisce che “1. Gli Stati membri provvedono affinché alle parti che scelgono la mediazione nel tentativo di dirimere una controversia non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario o di arbitrato in relazione a tale controversia per il fatto che durante il procedimento di mediazione siano scaduti i termini di prescrizione o decadenza”.

sostanza, detti termini non devono risolversi a sfavore di coloro che, prima di scegliere la via ordinaria di risoluzione delle liti, decidano di avvalersi dello strumento alternativo della mediazione.

Con detta previsione, in altre parole, l'Unione europea intende palesemente incoraggiare il ricorso alle forme ADR⁹⁸, garantendo che nel tempo occorrente all'espletamento delle relative procedure i termini predetti non decorrano⁹⁹.

e). La recente proposta di Direttiva sulle ADR

Da ultimo, per l'illustrazione dei principi in materia di ADR, è doveroso menzionare la recentissima proposta di Direttiva sulle ADR del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 novembre 2011¹⁰⁰, elaborata, contestualmente alla proposta di Regolamento in materia di ODR (*Online Dispute Resolution*)¹⁰¹,

⁹⁸ Il fine è peraltro chiaramente esplicitato nel considerando n. 24, secondo cui “*Per incoraggiare le parti a ricorrere alla mediazione, gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché le loro norme relative ai termini di prescrizione o decadenza non impediscano alle parti di adire un organo giurisdizionale o di ricorrere all'arbitrato in caso di infruttuoso tentativo di mediazione*”. Il medesimo considerando reca anche l'esempio espresso sul termine di prescrizione nel settore dei trasporti.

⁹⁹ Il Legislatore italiano ha attuato l'indicazione comunitaria nel comma dell'articolo 5 del decreto legislativo n. 28/2010, occupandosi altresì di prevedere le conseguenze – sui termini in questione – del mancato accordo in sede di mediazione. La norma citata infatti stabilisce che “*Dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo*”.

¹⁰⁰ SANCO/12360/2011 e COM (2011) 793/2 *Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, recante modifica del (CE) n. 2006/2004 e della Direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori)*. Il testo della proposta di Direttiva, in lingua italiana, è reperibile al seguente indirizzo web http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/directive_adr_it.pdf

¹⁰¹ SANCO/12361/2011 e C (2011) 794/2 *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori (regolamento sull'ODR per i consumatori)*. Il testo della proposta di Regolamento, in lingua italiana, è reperibile al seguente indirizzo web http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/odr_regulation_it.pdf.

all'esito della consultazione pubblica avviata a gennaio 2011 sull'utilizzo delle ADR nell'ambito dell'Unione Europea¹⁰².

Il documento è di rilievo, innanzitutto, perché fornisce un quadro d'insieme, estremamente aggiornato, dei principi enunciati a livello europeo nella materia della risoluzione alternativa delle controversie.

La proposta di Direttiva, peraltro, diversamente dai provvedimenti in precedenza emanati dall'Unione europea (che comunque sono oggetto di un'espressa clausola di salvezza "condizionata")¹⁰³, è riferita indistintamente a tutte le forme ADR esistenti, a prescindere, dunque, dalla loro natura aggiudicativa o negoziale¹⁰⁴, con la conseguenza che – una volta approvata – essa costituirà il testo europeo fondamentale in materia di ADR.

Dalla Relazione di accompagnamento alla proposta e dalle premesse alla Direttiva, si evince che la scelta di un intervento generale, in forma peraltro cogente, deriva dalla constatazione che, allo stato, permangono nei sistemi di ADR diffusi nei vari Stati membri una serie di carenze che pregiudicano i benefici effetti che simili sistemi hanno l'obiettivo di assicurare.

Si tratta, in particolare, di carenze che attengono, sostanzialmente, alla effettiva disponibilità di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie per

¹⁰² Il documento finale, in lingua inglese, redatto all'esito della *Consultazione pubblica sull'utilizzo della risoluzione alternativa delle controversie (ADR) quale strumento per risolvere le controversie connesse ad operazioni commerciali e prassi nell'UE*, può reperirsi al seguente indirizzo web: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/Feedback_Statement_Final.pdf.

¹⁰³ Ci si riferisce al fatto che l'articolo 3 della Direttiva, rubricato *Rapporto con altre disposizioni della normativa dell'Unione*, al comma 3 prevede che la Direttiva "prevale sulle disposizioni obbligatorie della legislazione settoriale dell'Unione relativa alla risoluzione alternativa delle controversie solo nella misura in cui tali disposizioni non garantiscono un livello di protezione del consumatore almeno equivalente". La già esaminata Direttiva 2008/52/CE, invece, relativa alle ADR in materia civile e commerciale, è espressamente fatta salva dal comma 1 del medesimo articolo.

¹⁰⁴ L'articolo 2 della Direttiva, infatti, rubricato *Ambito di applicazione*, al comma 1 specifica che il provvedimento si applica a tutte le ADR dove un soggetto terzo propone o impone una soluzione, ovvero riunisce le parti per farle negoziare: "La presente direttiva si applica alle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie contrattuali connesse alla vendita di beni o alla fornitura di servizi da parte di professionisti stabiliti nell'Unione a consumatori residenti nell'Unione attraverso l'intervento di un organismo di risoluzione delle controversie che propone o impone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole, qui di seguito "procedure ADR"".

tutte le materie, alla scarsa consapevolezza dei soggetti potenzialmente interessati rispetto alla esistenza delle procedure ADR e alla qualità non omogenea di tali procedure.

Conseguentemente, si spiega nella Relazione, l'intervento dell'Unione, avendo carattere sovranazionale, sarà di ausilio nel superare le criticità rilevate, permettendo di raggiungere criteri uniformi di funzionamento delle predette procedure nell'ambito del mercato unico¹⁰⁵ e realizzando lo scopo espresso della Direttiva, che – come già in passato, nei provvedimenti sulla medesima materia – è quello di contribuire al funzionamento del mercato interno e al raggiungimento di un livello elevato di protezione del consumatore¹⁰⁶.

In quest'ottica, diventa comprensibile il motivo per cui nella proposta di Direttiva i noti principi di *imparzialità, trasparenza, efficacia ed equità*, in realtà già enucleati negli altri provvedimenti esaminati nei paragrafi che precedono (ai

¹⁰⁵ Nella parte della Relazione dedicata al principio di sussidiarietà, a pag. 6, l'opportunità di un intervento uniformante a livello di Unione europea è ampiamente argomentata: *“L'elaborazione di un sistema ADR che funzioni correttamente all'interno dell'Unione, basato su organismi ADR esistenti negli Stati membri, nel rispetto delle loro tradizioni legali, rafforzerà la fiducia dei consumatori nel mercato interno al dettaglio, compreso il settore del commercio elettronico. Si potranno anche creare nuove opportunità per le imprese”*. Sono inoltre fornite una serie di motivazioni per le quali sarebbe sconsigliabile continuare a confidare nelle azioni dei singoli Stati membri: *“L'intervento dei soli Stati membri produrrebbe un'ulteriore frammentazione dell'ADR, che a sua volta contribuirebbe ad instaurare disparità di trattamento per i consumatori e per i professionisti nel mercato interno e creerebbe livelli divergenti di riparazioni per i consumatori all'interno dell'Unione. L'intervento a livello dell'Unione, come proposto, dovrebbe fornire ai consumatori europei lo stesso livello di protezione, promuovere le prassi concorrenziali tra le imprese e, di conseguenza, incrementare lo scambio di prodotti o servizi attraverso i confini”*. Nella Relazione, infine, sono indicati gli obiettivi che l'intervento proposto dovrebbe permettere di raggiungere, diversamente da quanto avvenuto sinora con l'azione dei singoli Stati: *“Definendo a livello dell'Unione principi e regole comuni per gli organismi e le procedure ADR in tutti gli Stati membri si otterrà il netto vantaggio di garantire un trattamento efficace ed adeguato delle controversie dei consumatori connesse a operazioni nazionali o transfrontaliere. Si potrà anche garantire una maggiore omogeneità dei livelli qualitativi delle procedure ADR nell'Unione. La divergenza nelle politiche nazionali in merito alle procedure ADR (o la loro mancanza) dimostra che l'intervento unilaterale degli Stati membri non può individuare soluzioni soddisfacenti per i consumatori, né per le imprese. Un'ADR efficace ed efficiente per le controversie transfrontaliere deve poter contare su un sistema di organismi ADR nazionali che funzioni correttamente e sul quale potrà essere fondata la piattaforma ODR a livello dell'UE”*.

¹⁰⁶ L'articolo 1 della Direttiva, infatti, rubricato *Oggetto*, così recita: *“La presente direttiva intende contribuire al funzionamento del mercato interno e al raggiungimento di un livello elevato di protezione del consumatore garantendo che le controversie tra consumatori e professionisti possano essere presentate ad organismi che offrono procedure imparziali, trasparenti, efficaci ed eque di risoluzione alternativa delle controversie”*.

quali, comunque, nella Relazione permane un richiamo)¹⁰⁷, sono ribaditi e peraltro rielaborati in maniera più chiara e dettagliata, evidentemente anche in vista delle criticità applicative *medio tempore* rilevate, descritte dai vari partecipanti alla consultazione¹⁰⁸.

Il principio di imparzialità (dell'organo che presiede alla procedura ADR), per esempio, è ora corredato da un principio espresso di *competenza*¹⁰⁹, secondo cui, in sintesi, coloro che sono preposti alla procedura devono avere “*le conoscenze, capacità e l'esperienza necessarie nel settore della risoluzione alternativa delle controversie*”¹¹⁰.

Sotto il principio di trasparenza, poi, sono innanzitutto modernizzate, rispetto al passato, le forme di pubblicazione delle informazioni sull'organismo ADR, posto che si richiede di pubblicarle sul suo sito web (certamente non

¹⁰⁷ Il riferimento alle Raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE è contenuto nella parte della relazione in cui si spiega il contesto della proposta. In particolare, il riepilogo di tutti i provvedimenti già emanati in materia di ADR serve ad introdurre la successiva argomentazione sul fatto che ancora permangono alcune carenze, da cui deriva la necessità dell'intervento cogente proposto.

¹⁰⁸ L'intento è spiegato nella Relazione di accompagnamento, nella parte 3.1.3, dedicata alla *Qualità degli organismi ADR*, che così principia: “*La presente proposta intende garantire che gli organismi ADR rispettino i principi di qualità relativi ad imparzialità, trasparenza, efficacia ed equità. Tali principi sono stati stabiliti da due raccomandazioni della Commissione. Conferendo a tali principi un effetto vincolante, la presente proposta crea condizioni di parità per l'ADR e rafforza la fiducia dei consumatori e dei professionisti nelle procedure ADR*”.

¹⁰⁹ Si ricorda che nella Raccomandazione 98/257/CE, alla necessaria competenza dell'organo si fa cenno nell'ambito del principio di indipendenza; nella Raccomandazione 2001/310/CE, invece, il riferimento alla competenza è implicito allorquando è previsto, nell'ambito del principio di imparzialità, che l'organo dia informazioni sulla propria competenza.

¹¹⁰ Così recita il primo comma, lettera a), dell'articolo 6 della Direttiva, rubricato *Competenza e imparzialità*. In verità si può osservare che la formulazione della norma è piuttosto generica sulle competenze che dovrebbero essere possedute dalle persone incaricate della procedura, che sembrano essere riferite soltanto alla materia dell'ADR. Una simile competenza può forse essere adatta ad una procedura di natura negoziale, dove effettivamente la conoscenza delle tecniche ADR e la capacità di far incontrare le parti può essere fondamentale. Nelle procedure aggiudicative, tuttavia, nelle quali l'organo ha sovente il potere di imporre una decisione vincolante, sembra restare utile il riferimento alle specifiche competenze giuridiche previste dalla citata Raccomandazione 98/257/CE.

contemplato all'epoca delle Raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE) e su supporto cartaceo¹¹¹.

Sono inoltre in parte aumentate le informazioni sull'organismo da rendere obbligatoriamente pubbliche e, in generale, si nota una maggiore precisione nella loro elencazione, il che può rendere senza dubbio più facile il compito per i soggetti tenuti all'adempimento (nonché, nella fase intermedia, per il Legislatore tenuto al recepimento).

A prescindere dalle singole innovazioni, quindi, ciò che rileva è che nell'articolo 7 della Direttiva, rubricato *Trasparenza*, sono in pratica elencate in maniera esplicita e tendenzialmente completa le informazioni da rendere¹¹², molte delle quali, tuttavia, già potevano essere ricomprese nelle dizioni più generiche delle citate Raccomandazioni citate¹¹³.

¹¹¹ Al riguardo si ricorda che già in entrambe le Raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE, più volte citate, sotto il principio di trasparenza era richiesta la agevole comunicazione alle parti di tutte le informazioni relative al funzionamento della procedura, ivi compresi i costi, l'ambito di applicazione, la natura giuridica delle decisioni e il grado di conformità alle stesse, le norme applicabili e così via. Si richiedeva, inoltre, di pubblicare una Relazione sulle attività dell'organismo ADR.

¹¹² L'articolo 7 citato così recita: “Gli Stati membri garantiscono che gli organismi ADR rendano disponibili al pubblico sui loro siti web e su supporto cartaceo nella loro sede informazioni relative a: (a) le persone fisiche incaricate della risoluzione alternativa delle controversie, il metodo con il quale sono state nominate e la durata del loro mandato; (b) la fonte di finanziamento, compresa la percentuale di finanziamento pubblico e privato; (c) se del caso, l'appartenenza a reti di organismi ADR che agevolano la risoluzione delle controversie transfrontaliere; (d) i tipi di controversie per le quali sono competenti; (e) il regolamento interno che disciplina la risoluzione delle controversie; (f) le lingue nelle quali possono essere presentati i reclami all'organismo ADR e in cui si svolge la procedura ADR; (g) i tipi di regole sulle quali l'organismo ADR può basarsi per risolvere le controversie (ad es. norme giuridiche, considerazioni di equità, codici di condotta); (h) qualsiasi requisito preliminare che le parti sono eventualmente tenute a rispettare prima di avviare la procedura ADR; (i) gli eventuali i costi che le parti dovranno sostenere; (j) la durata approssimativa della procedura ADR; (k) l'effetto giuridico dell'esito della procedura ADR. 2. Gli Stati membri garantiscono che gli organismi ADR rendano disponibili al pubblico sui loro siti web e su supporto cartaceo nella loro sede le relazioni annuali d'attività. Tali relazioni comprendono le informazioni seguenti relative alle controversie sia nazionali che transfrontaliere: (a) numero di controversie ricevute e tipi di reclami ai quali si riferiscono; (b) eventuali problemi ricorrenti causa di controversie tra consumatori e professionisti; (c) percentuale delle procedure di risoluzione delle controversie interrotte prima di raggiungere un risultato; (d) tempo medio necessario per la risoluzione delle controversie; (e) percentuale di rispetto, se nota, degli esiti delle procedure ADR; (f) se del caso, cooperazione all'interno di reti di organismi ADR che agevolano la risoluzione delle controversie transfrontaliere”.

¹¹³ Le vere innovazioni sembrano essere soltanto quelle con le quali si richiede di divulgare anche le informazioni sulle persone fisiche incaricate di svolgere le procedure, comprese le modalità di

Sotto il principio dell'efficacia della procedura, già ampiamente dettagliato – in maniera sostanzialmente identica – nei precedenti provvedimenti¹¹⁴, la novità di maggiore rilievo è quella relativa alla fissazione del termine di 90 giorni per concludere la procedura Adr, che, come si apprende dalla Relazione di accompagnamento, deriva dagli studi effettuati¹¹⁵. Resta comunque ferma la possibilità di ampliare il predetto termine per i casi più complessi.

Sotto il principio dell'equità, invece, non si rinvergono specifiche novità rispetto al principio ugualmente denominato nell'ambito della Raccomandazione 2001/310/CE¹¹⁶, che è quella più strettamente connessa alla nuova previsione, posto che gran parte della norma – oltre a garantire il contraddittorio e l'obbligatorietà della motivazione e della comunicazione degli atti – riguarda espressamente le “*procedure ADR volte a risolvere la controversia suggerendo una soluzione*” (dunque quelle non aggiudicative), per assicurare che il consumatore faccia una scelta libera e informata e, più in generale, che le parti prima di sottoscrivere l'accordo ne conoscano gli effetti giuridici ed abbiano a disposizione un tempo ragionevole per riflettere¹¹⁷.

nomina e la durata del mandato, nonché le informazioni sui finanziamenti pubblici o privati ricevuti dall'organismo.

¹¹⁴ Si ricorderà che, naturalmente, la necessaria velocità del procedimento (non tanto in senso assoluto – d'altro canto che non è detto che un termine di 90 giorni sia davvero breve – ma quantomeno in senso relativo, rispetto alle vie ordinarie) era contemplata anche nelle Raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE; tuttavia in quei casi la fonte europea non si era mai esposta sino ad indicare un termine. La formulazione utilizzata, infatti, era “*L'efficacia della procedura è assicurata da misure che garantiscano: (...) la fissazione di termini brevi*” (Raccomandazione 98/257/CE, paragrafo IV) oppure “*Una volta sottoposta, la controversia è trattata nel più breve tempo possibile, commisuratamente alla natura della controversia*” (Raccomandazione 2001/310/CE, parte II, paragrafo C, n. 5).

¹¹⁵ Il riferimento è dunque ai numerosi studi sull'Adr elencati nella prima parte della Relazione.

¹¹⁶ In generale si nota che rispetto alla Raccomandazione 2001/310/CE, la formulazione della norma è molto più stringata e sembra essere completamente sparito il riferimento alla riservatezza delle allegazioni (in effetti stridente con il principio del contraddittorio), enunciata nella parte II, paragrafo D, n. 1, lettera b) della predetta Raccomandazione, secondo cui “*entrambe le parti devono essere in grado di presentare liberamente e agevolmente gli argomenti, le informazioni e le prove attinenti al caso, su base confidenziale, a meno che le parti abbiano espresso il loro accordo che tali informazioni siano trasmesse alla controparte*”.

¹¹⁷ Per quanto riguarda, poi, il parallelismo con quanto già stabilito dalla Raccomandazione 98/257/CE, si osserva che in quest'ultima le disposizioni ora riassunte sotto il principio di equità,

Ciò premesso per quanto riguarda la riformulazione dei già noti principi applicabili alle procedure ADR, la nuova proposta di direttiva europea ha in verità anche una portata fortemente innovativa, nella parte in cui intende fornire una disciplina organica dei sistemi ADR non più soltanto con riferimento ai principi che devono regolare il funzionamento delle procedure, bensì anche con riguardo alla conoscibilità dei sistemi ADR e alla loro omogeneità fra i vari Stati membri.

Si ricorda, infatti, che – come sopra accennato – la proposta di regolamentazione origina proprio dalla constatazione (espressa nelle premesse al documento)¹¹⁸ che, nonostante l'apprezzabile diffusione di procedure alternative per la risoluzione delle liti nell'ambito del mercato unico, permangono comunque problematiche dovute soprattutto alla diversità delle stesse e alla scarsa consapevolezza dei potenziali interessati in ordine alla loro disponibilità.

In quest'ottica, pertanto, devono essere lette le disposizioni dei capitoli terzo e quarto della proposta di direttiva dedicati, rispettivamente, alla *“Informazione e cooperazione”* e al *“Monitoraggio degli organismi ADR”*.

Nel capitolo terzo, in particolare, la proposta persegue il duplice scopo di assicurare ai consumatori la piena conoscenza della disponibilità di procedure ADR e di facilitare, per i medesimi consumatori, l'accesso a tali procedure anche in caso di controversie transfrontaliere.

E' pertanto innanzitutto previsto che gli Stati membri obblighino gli operatori professionali ad informare i consumatori (da intendersi, evidentemente, come i loro potenziali clienti/contraenti) sugli organismi ADR disponibili e sull'impegno del professionista di aderirvi.

ove applicabili alle procedure aggiudicative, erano sostanzialmente contenute nei paragrafi dedicati ai principi di trasparenza, contraddittorio e libertà.

¹¹⁸ Si legge infatti al Considerando n. 3 della proposta: *“La risoluzione alternativa delle controversie offre una soluzione semplice, veloce ed extragiudiziale alle controversie tra consumatori e professionisti. Tuttavia, nell'Unione europea la risoluzione alternativa delle controversie non è ancora sufficientemente sviluppata. Affinché i consumatori possano avvalersi del suo intero potenziale, la risoluzione alternativa delle controversie deve essere disponibile per tutti i tipi di controversie dei consumatori, le procedure ADR devono raggiungere tutte gli stessi livelli qualitativi e i consumatori e i professionisti devono essere a conoscenza di tali procedure. Gli organismi ADR devono anche essere in grado di trattare con efficienza le controversie transfrontaliere”*.

E' interessante rilevare, sul punto, lo sforzo del legislatore europeo di garantire che le informazioni raggiungano effettivamente lo scopo per cui sono fornite: nella formulazione della norma relativa alle modalità con le quali le informazioni devono essere rese si nota, infatti, l'evidente tentativo di indicare agli Stati membri (e quindi, indirettamente, ai professionisti), tramite l'uso di molteplici avverbi descrittivi¹¹⁹, che i consumatori devono poter avere accesso alle notizie nella maniera più semplice possibile.

Nello stesso senso, si rileva anche lo sforzo di garantire che le informazioni siano efficacemente veicolate al pubblico dei potenziali interessati, indicando che esse devono essere inserite, oltre che nel sito web del professionista e nella documentazione contrattuale, anche nelle fatture e nelle ricevute rilasciate ai consumatori.

Per quanto riguarda, invece, le controversie transfrontaliere, è previsto, da un lato, che i consumatori debbano avere un'assistenza specifica per l'accesso agli organismi ADR operanti in altri Stati membri e competenti a trattare la loro controversia¹²⁰ e che, dall'altro, si cooperi, tra organismi ADR e tra questi e Stati

¹¹⁹ Il comma 2 dell'art. 10 della proposta di direttiva, rubricato "Informazione del consumatore da parte dei professionisti" prevede infatti che "*Le informazioni di cui al paragrafo 1 (che sono, appunto, quelle relative agli organismi ADR e all'impegno del professionista di aderirvi) vanno formulate in modo accessibile facilmente, direttamente, visibilmente e permanentemente sul sito web del professionista, se esiste, nelle condizioni generali dei contratti per la vendita di beni o la fornitura di servizi tra il professionista ed il consumatore nonché sulle fatture e sulle ricevute relative ai suddetti contratti. Va anche specificato come ottenere ulteriori informazioni sull'organismo ADR in questione e quali siano le condizioni per accedervi*". Considerata l'usuale struttura dei siti web, l'uso dei predetti avverbi, nell'ordine previsto, può far ragionevolmente ritenere che le informazioni debbano poter essere lette, in generale, anche da utenti non esperti in navigazione (*in modo accessibile facilmente*), debbano essere collegate alla home page del sito web, nel senso di quantomeno "linkabili" da essa (*direttamente*), debbano avere una rilevanza grafica adeguata, così da escludersi che il relativo link possa essere equiparato ed allineato agli usuali link tecnici sempre elencati in fondo alle home page (*visibilmente*) e che debbano altresì essere sempre consultabili (*permanentemente*), alla luce della evidente considerazione che l'interesse – maggiore – alla lettura delle stesse sorge per il consumatore non tanto al momento dell'adesione contrattuale quanto, piuttosto, al momento del bisogno (vale a dire, in caso di reclamo o controversia).

¹²⁰ Il primo paragrafo dell'articolo 11 della proposta, rubricato "Assistenza ai consumatori" dispone infatti che "*Gli Stati membri garantiscono che i consumatori possano ottenere assistenza in merito alle loro controversie connesse a vendite transfrontaliere di beni o forniture transfrontaliere di servizi. Tale assistenza è intesa in particolare ad aiutare i consumatori ad accedere all'organismo ADR che opera in un altro Stato membro ed è competente a trattare la loro controversia transfrontaliera*". Il secondo comma del medesimo articolo, poi, che la responsabilità

membri, al fine di creare una rete di organismi specializzati nei vari settori di controversie transfrontaliere¹²¹, anche con l'evidente scopo di creare un'omogeneità di tutela a livello dell'Unione europea.

In quest'ultimo senso, in particolare, può essere letta l'interessante disposizione che prevede non soltanto lo scambio di informazioni sulle pratiche commerciali dei professionisti da cui più derivano reclami dei consumatori (il che può essere utile anche nell'ottica di prevenzione delle liti, oltre che in quella di agevolazione nella veloce risoluzione delle stesse sulla base dei "precedenti"), ma anche la possibilità degli organismi ADR di ottenere, da parte delle autorità nazionali preposte alla tutela dei consumatori, valutazioni tecniche ed informazioni necessarie alla trattazione delle controversie (si pensi, ad esempio, alla utilità, avendo riguardo ad un paese straniero, di ottenere facilmente notizie in merito agli orientamenti giurisprudenziali formati rispetto a determinate casistiche o di poter conoscere in maniera aggiornata e sistematica le regole nazionali di dettaglio applicabili al settore di interesse)¹²².

Ancor più finalizzato alla garanzia di omogeneità di operato dei sistemi ADR diffusi sul territorio europeo (e quindi, indirettamente, alla finalità di tutelare efficacemente il consumatore per accrescerne la fiducia nel mercato unico) è,

dell'assistenza di cui al paragrafo 1 possa essere affidata ai CEC (Centri europei dei consumatori), ad associazioni dei consumatori ovvero a qualsiasi altro organismo.

¹²¹ L'articolo 13 della proposta, rubricato "*Cooperazione tra organismi ADR per la risoluzione delle controversie transfrontaliere*", dispone, nel primo e secondo paragrafo, che "*1. Gli Stati membri assicurano la cooperazione tra gli organismi ADR ai fini della risoluzione delle controversie transfrontaliere. 2. Se in un determinato settore all'interno dell'Unione esiste una rete di organismi ADR che agevola la risoluzione delle controversie transfrontaliere di tale settore, gli Stati membri incoraggiano gli organismi ADR che trattano le controversie di tale settore ad associarsi a detta rete*".

¹²² Il riferimento, in particolare, è ai primi due paragrafi dell'articolo 14, rubricato "*Cooperazione tra organismi ADR ed autorità nazionali di attuazione della legislazione dell'Unione sulla protezione dei consumatori*", secondo cui "*Gli Stati membri garantiscono la cooperazione tra organismi ADR e autorità nazionali incaricate dell'attuazione della legislazione UE di protezione dei consumatori. 2. La suddetta cooperazione comprende lo scambio di informazioni sulle prassi commerciali dei professionisti nei confronti delle quali i consumatori hanno presentato reclami. È inclusa anche la fornitura di valutazioni tecniche ed informazioni da parte delle autorità nazionali agli organismi ADR che ne necessitano per il trattamento di singole controversie*".

infine, il quarto capitolo della proposta di direttiva, dedicato, come sopra accennato, al monitoraggio dei relativi organismi.

E' infatti prevista la designazione, da parte dei vari Stati membri, di un'Autorità che abbia lo specifico compito (al momento da ritenere, nel silenzio del testo, non necessariamente esclusivo)¹²³ di “*monitorare il funzionamento e lo sviluppo degli organismi ADR del proprio territorio*”¹²⁴.

Sulla base di quanto previsto negli articoli successivi, può affermarsi, in sintesi, che il monitoraggio consiste principalmente nell'acquisizione, da parte dell'Autorità designata, di una serie di informazioni che gli organismi di ADR sono obbligati a trasmettere¹²⁵, concernenti, in linea generale, la loro struttura e il loro funzionamento, con l'obiettivo espresso di permettere all'Autorità di valutare se i singoli organismi ADR rispondono ai requisiti previsti dalla stessa proposta di direttiva, con specifico riferimento ai principi sopra ricordati¹²⁶.

L'esito della valutazione, poi, ove positivo, ai sensi dell'articolo 17 (rubricato *Ruolo delle autorità competenti e della Commissione*) serve ad ogni Autorità competente per elaborare un elenco degli organismi ADR che soddisfano i requisiti previsti dalla proposta di direttiva, che è notificato alla Commissione

¹²³ La questione potrebbe non essere di poco conto, laddove si dovesse ritenere necessaria l'istituzione di un'apposita Autorità competente, per garantirne la totale indipendenza di giudizio. Tuttavia, allo stato, come noto, il controllo sugli organismi ADR istituiti ai sensi della già citata direttiva 2008/52/CE compete al Ministero della giustizia, pertanto non è da escludersi che in un futuro le nuove competenze potrebbero essere attribuite al medesimo Ministero.

¹²⁴ Il riferimento è all'articolo 15 della proposta, rubricato, infatti, “*Designazione delle autorità competenti*”.

¹²⁵ L'obbligatorietà delle previste comunicazioni è espressamente garantita da un sistema sanzionatorio già delineato, perlomeno nelle sue linee essenziali, nella proposta di direttiva. L'articolo 18 rubricato “*Sanzioni*”, infatti, prevede la necessità di sanzioni a tutela del rispetto delle norme di recepimento della direttiva e ne indica altresì i caratteri: “*Gli Stati membri stabiliscono le norme riguardanti le sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni di diritto interno adottate conformemente all'articolo 10 e all'articolo 16, paragrafi 1 e 2 della presente direttiva e prendono tutte le misure necessarie per garantirne l'applicazione. Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive*”.

¹²⁶ La necessità del costante monitoraggio è spiegata già nei considerando della proposta. Si legge, infatti, al considerando 27, che “*Per assicurare che gli organismi ADR funzionino correttamente e con efficacia, è necessario monitorarli con assiduità*”, il che è in linea con quanto preliminarmente illustrato nella Relazione di accompagnamento alla proposta, al paragrafo 3.1.4, ove è chiarito che il monitoraggio assicura un servizio di qualità ai consumatori.

europea; la Commissione, a sua volta, ricevuti elenchi da tutti i Paesi membri, crea un elenco “*consolidato*” di organismi ADR, che ogni Autorità nazionale competente provvede a diffondere, sia tramite la pubblicazione sul proprio sito web sia “*attraverso altri mezzi che ritiene appropriati*”¹²⁷.

Ai predetti obblighi informativi consegue, peraltro, un ulteriore compito specifico affidato alle Autorità designate, le quali, con cadenza biennale, devono pubblicare una relazione sullo sviluppo e sul funzionamento degli organismi ADR, indicandone pregi (prassi ottimali) e carenze (settori non coperti ed insufficienze che ostacolano il funzionamento, purché comprovate da statistiche).

A corollario di detta attività valutativa, infine, compete all’Autorità nazionale di monitoraggio, ancora ai sensi dell’articolo 17, ultimo comma, anche l’elaborazione di “*raccomandazioni su come migliorare il funzionamento degli organismi ADR, se del caso*”.

7. Gli indicatori di qualità dei sistemi ADR di natura decisoria

In principio si è accennato al fatto che la disamina delle norme europee in materia di ADR può permettere di individuare quali siano i profili più “rivelatori” del buon funzionamento di un sistema ADR.

Alla luce di quanto sopra illustrato, può ora affermarsi, in linea generale, che vi sono senz’altro profili sui quali l’attenzione dell’Unione europea è stata maggiore (si pensi alle numerose norme sulla trasparenza o sulla necessità di dare forza esecutiva agli atti che concludono le procedure, per garantire l’efficacia

¹²⁷ Spiccano, tra le informazioni che ogni organismo ADR deve rendere, stante il fine divulgativo sopra descritto, quelle relative alle forme di finanziamento della struttura, sia nel suo complesso che con riguardo alle singole persone fisiche incaricate della risoluzione delle liti (per le quali si richiede di comunicare informazioni “*sul loro finanziamento e su chi le impiega*”), sui tempi medi di risoluzione e sulle tipologie di controversie, sulle tariffe, ove applicate, e rileva anche, tra gli obblighi imposti, quello, da leggersi nell’ottica dell’obiettivo di accrescere la fiducia dei consumatori, di rendere (con cadenza perlomeno annuale) “*un’autovalutazione dell’efficacia della procedura ADR offerta dall’organismo e di eventuali modi per migliorarla*”.

delle stesse), ed è dunque rispetto a tali profili che devono essere individuati gli *indicatori di qualità* di un servizio Adr¹²⁸.

Nei prossimi capitoli del presente lavoro potrà quindi affrontarsi l'esame della forme di giustizia di cui si è detto, con il fine, già spiegato, di permettere una valutazione della loro *qualità*, da intendersi, in sostanza ed in questo contesto, come adeguatezza ed idoneità rispetto allo scopo perseguito e, soprattutto, in comparazione rispetto alle vie tradizionali di tutela.

Nella valutazione della predetta qualità, peraltro, andrà ricordato il fatto che i mezzi esaminati (Arbitro Bancario Finanziario, arbitrato dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e ricorso al Garante per la protezione dei dati personali) costituiscono, secondo la ricostruzione effettuata nei paragrafi che precedono, forme Adr "aggiudicative" o "giustiziali".

Ne consegue che laddove si discute di adeguatezza ed idoneità rispetto allo scopo perseguito si deve avere riguardo non soltanto alla capacità di dirimere o gestire le liti, tipica dei mezzi negoziali, ma anche a quella di dare "giustizia" (tutela dei diritti) a chi ha ragione, nel senso più tradizionale del termine: per i mezzi Adr aggiudicativi, infatti, è in quest'ottica che può effettivamente parlarsi di buon funzionamento e di alternatività rispetto alla giustizia ordinaria.

Inoltre, poiché il valore dei predetti mezzi Adr sarebbe praticamente ben poca cosa se essi fossero meramente sostitutivi della giustizia ordinaria nel dare –

¹²⁸ Per la comprensione del concetto di "qualità" di un servizio, nonché del correlato concetto di "indicatore di qualità", può essere utile richiamare le semplici definizioni contenute nella guida *"I diritti dei consumatori nel mercato dei servizi di comunicazione elettronica"*, pag. 80 e ss., pubblicata dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e reperibile sul sito web istituzionale www.agcom.it. Benché riferite allo specifico settore di competenza dell'Agcom, infatti, tali definizioni, formulate in linguaggio atecnico, poiché espressamente rivolto a soggetti non esperti (per i quali la pubblicazione deve infatti essere una "guida"), chiariscono in maniera agevole i concetti predetti, con spiegazioni mutuabili in altri settori. La prima definizione così recita: *"La Qualità di un servizio, in una parola, è la bontà di quel servizio come percepita dall'utente e l'idoneità a realizzare il suo scopo. La Qualità è data, generalmente, dall'insieme di varie caratteristiche importanti per gli utenti, rilevate nel corso della fornitura di quel servizio, utilizzate come strumenti per valutarne l'efficienza e il buon funzionamento"*. A seguire, è resa una spiegazione sul significato di indicatore di qualità: *"Gli indicatori possono essere definiti come quelle attività o caratteristiche, associate alla fornitura di un servizio, che sono considerate più significative per misurare il livello di efficienza della fornitura e il gradimento di chi la riceve ... Generalmente, per ogni tipologia di servizio, gli indicatori riassumono ciò che più interessa all'utente per quel servizio (per esempio, nella telefonia mobile il "tasso di caduta della linea", nel servizio di Contact center "il tempo di attesa" per parlare con un operatore)"*.

appunto – giustizia a chi ha ragione, in tali mezzi si deve necessariamente rinvenire anche un valore aggiunto nella tutela dei diritti (*quid pluris*) rispetto alle vie ordinarie, pena la sostanziale inutilità dei primi per essere semplici duplicazioni di un sistema che ha già ampiamente dimostrato, come visto, le sue lacune.

Pertanto, in altre parole, il riferimento alla qualità dei mezzi giustiziali qui in esame è rivolto sia alla loro idoneità a dare giustizia nel senso tradizionale del termine, sia al valore aggiunto che – nel dare giustizia – tali mezzi possono garantire rispetto alle ordinarie vie di tutela dei diritti.

Ciò premesso sull’oggetto dell’indagine da svolgere nei prossimi capitoli, per quanto riguarda le modalità della medesima indagine, si tenterà di strutturare l’esame con un approfondimento progressivo su profili specifici, rivelatori della qualità dei servizi Adr, intesa nel senso poc’anzi spiegato.

In altre parole, dopo una introduzione generale sulla singola procedura di risoluzione delle liti, per ciascun mezzo si darà conto dell’atteggiarsi di alcuni aspetti ritenuti, in una parola, *indicatori di qualità* dei mezzi di risoluzione delle controversie nel senso spiegato, da intendersi, in pratica, come quelle caratteristiche del servizio, o della sua complessiva disciplina, suscettibili di esprimerne la “bontà” e il buon funzionamento, sia sotto il profilo della potenzialità di dare giustizia in maniera indipendente ed imparziale (profilo della alternatività rispetto alla giustizia tradizionale), sia sotto quello di rendere tale giustizia in maniera migliore rispetto alle vie ordinarie (profilo del valore aggiunto).

a). Gli indicatori dell’alternatività rispetto alla giustizia ordinaria

Gli indicatori di qualità di un servizio Adr di natura decisoria sotto il profilo dell’alternatività rispetto alla giustizia ordinaria (la quale, in assenza della procedura Adr, sarebbe il canale verso cui naturalmente si dovrebbe propendere) sono quelli che esprimono la sua potenzialità nell’essere una valida opzione di

scelta e una seria misura per tutela dei diritti, con effetti quantomeno analoghi a quelli che si potrebbero ottenere in un processo.

In questo senso, dunque, un indicatore preliminare da esaminare può essere quello della loro *conoscibilità*. In altre parole, prima ancora di interrogarsi sul (buon) funzionamento di un sistema ADR, occorre valutare *se esso sia o meno conosciuto dagli utenti e sia, in sostanza, “noto” ai più*.

Si tratta, in definitiva, di comprendere se il potenziale utente dello specifico servizio ADR (per esempio, un cliente bancario o un utente di un servizio di telefonia), al momento del sorgere della problematica, sia consapevole della possibilità di ricorrere a forme alternative di giustizia ovvero se lo ignori, poiché è evidente che se l'interessato non ha conoscenza di tali forme (e se non ha possibilità di procurarsi notizie al riguardo in maniera agevole) può venir meno tutto l'impianto di tutela che con esse si intende assicurare.

Si ricordi, infatti, sul punto, che la necessità della più ampia diffusione di notizie relative alla esistenza (e dunque alla disponibilità) dei sistemi ADR costituisce uno snodo essenziale dell'intervento comunitario in questa materia, esattamente nella consapevolezza che la conoscenza dei mezzi ADR (e del loro funzionamento) è la chiave della loro sopravvivenza e diffusione¹²⁹.

Sotto un secondo profilo, poi, un indice fondamentale per stabilire la “bontà” del metodo alternativo riguarda la *composizione dell'organo giudicante*, vale a dire dell'organo che ha il potere di definire la questione insorta con il proprio *dictum*, nei limiti e con le forme previste dai relativi regolamenti di procedura.

¹²⁹ Ed invero, come illustrato nei paragrafi che precedono, nel tempo si è passati da una mera raccomandazione sulla necessità di fornire informazioni in forma scritta sulla procedura a chiunque ne facesse richiesta e di pubblicare una relazione annuale sulla attività svolta (Raccomandazione 98/257/Ce, paragrafo II), alla volontà di imporre l'obbligo per gli organismi ADR di avere un sito web (proposta di Direttiva del 25 novembre 2011, art. 7, lett. a), di indicarvi una serie di minuziose informazioni sull'organismo e sulle sue attività (lettere successive dell'art. 7 citato), nonché – soprattutto – di prevedere un obbligo, in capo ai professionisti, di informare “*i consumatori in merito agli organismi ADR dai quali sono coperti e che sono competenti a trattare eventuali controversie con i consumatori. Tali informazioni comprendono gli indirizzi dei siti web degli organismi ADR pertinenti e precisano se il professionista si impegna a ricorrere a tali organismi per la risoluzione delle controversie con i consumatori*” (proposta, articolo 10).

Con riferimento a tale composizione, infatti, è evidente che per poter affermare la validità del metodo in alternativa alla giustizia ordinaria, è necessario che sia assicurata la *terzietà dell'organo giudicante*, da intendersi come imparzialità ed indipendenza dello stesso, al pari delle medesime garanzie che tradizionalmente contraddistinguono la Magistratura.

Saranno dunque da esaminare, su questo punto, le norme che disciplinano le modalità di scelta e di nomina dei componenti dell'organo giudicante, avendo riguardo, in particolare, alle specifiche previsioni in tema di incompatibilità, divieto di incarichi, requisiti di onorabilità e così via, ricordando, anche in questo caso, che la *terzietà dell'organo* è uno dei requisiti fondamentali di tutta la disciplina comunitaria in materia di ADR.

Un ulteriore indicatore della effettiva alternatività di un metodo ADR giustiziale rispetto alla giustizia ordinaria è quello relativo alla sua *accessibilità*, sia in generale (come disponibilità diffusa e agevole del servizio), sia più specificamente con riguardo allo svolgimento delle relative procedure; si tratta, peraltro, di profili che sono raccomandati, come visto, a livello dell'Unione Europea.

Anche in questo caso, invero, può affermarsi che qualora l'accesso o il procedimento fossero particolarmente impervi, sarebbe comprensibile che l'utente preferisse avvalersi della via ordinaria di tutela, costituita dalla Magistratura, cui è tradizionalmente abituato nonostante le difficoltà e le lentezze che sono già state descritte.

In altre parole, può ragionevolmente ritenersi che nessun utente abbandonerebbe la "vecchia strada" (pur con tutti i suoi limiti) della giustizia statale, per intraprenderne una nuova, se difficoltosa e dunque incerta, non solo come esiti, ma addirittura come corretta instaurazione.

Sotto un altro profilo, poi, ma sempre con riferimento alla procedura, per comprendere se un metodo costituisce una valida alternativa alla giustizia, si può anche avere riguardo alla *effettività del contraddittorio* che viene assicurato durante il suo svolgimento.

Lungi dall'essere, infatti, un criterio meramente formale, la possibilità di un reale contraddittorio ha un indubbio valore per l'utente, particolarmente per i

metodi qui in esame. Si deve infatti considerare che l'Arbitro Bancario Finanziario, l'arbitrato dell'Agcom nonché la tutela resa dal Garante per la protezione dei dati personali nelle materie di sua competenza costituiscono metodi giustiziali collegati a settori nei quali il rapporto tra l'utente e il prestatore di servizi è tipicamente caratterizzato da una asimmetria economico-informativa dovuta alla sensibile differenza tra le due parti contrattuali: l'una, infatti, è normalmente un singolo - privato o anche talvolta una società -, mentre l'altra, il prestatore di servizi, ha una struttura organizzata, diversificata e multiterritoriale, con la conseguenza che il dialogo tra le stesse è spesso difficile, se non irrealizzabile.

Pertanto, perlomeno nella fase di risoluzione alternativa della controversia, si comprende l'esigenza dell'utente di poter conoscere quali sono le motivazioni, se non anche le giustificazioni, del comportamento ritenuto illegittimo della sua controparte. Si tratta, infatti, di un'esigenza (anche esasperata) che il più delle volte deriva proprio dalla constatazione dell'impotenza comunicativa del singolo a fronte dei comportamenti, spesso standardizzati, dell'operatore professionale¹³⁰.

Infine, fondamentale per valutare se i metodi ADR costituiscano una efficace alternativa alla giustizia ordinaria, è l'esame della *effettività della tutela* che da essi deriva.

Ciò perché può affermarsi con evidenza che qualsiasi utente che ritenga lesi i propri diritti, e che decida quindi di ricorrere ad una forma di tutela (a prescindere dalla sua natura ordinaria o alternativa), naturalmente anela ad ottenere innanzitutto giustizia e quindi anela, in altre parole, ad ottenere un *dictum* autorevole su quanto avvenuto; in secondo luogo, poi, l'utente generalmente desidera anche una forma di ristoro, che, per quanto si possa ipotizzare sotto varie

¹³⁰ Non è un caso, infatti, che in alcune procedure vi sia l'obbligatorietà del previo esperimento di una fase di reclamo dinanzi all'azienda e che soltanto qualora non si sia ricevuta risposta, ovvero la risposta sia stata insoddisfacente, si possa adire la forma di ADR (cfr. sul punto il procedimento dell'ABF). Nello stesso senso, poi, può ricordarsi l'*indennizzo per la mancata risposta al reclamo*, originariamente previsto dalla sola "giurisprudenza" dell'Agcom nell'ambito dei procedimenti di risoluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche e successivamente fatto oggetto di disciplina positiva nella delibera 73/11/Cons recante il nuovo Regolamento in materia di indennizzi.

e diverse forme¹³¹, in realtà si riduce praticamente sempre ad una somma di denaro più o meno consistente, che possa riparare quanto avvenuto (peraltro l'idea di una riparazione monetaria è abbastanza comprensibile in questi settori, considerato che normalmente l'oggetto della controversia è una vicenda di natura economica, non ricorrendo lesioni del bene salute o di diritti fondamentali).

Ci si dovrà dunque chiedere, in primo luogo, se la pronuncia resa in sede giustiziale possa effettivamente costituire un *dictum*, e con quali limiti (per esempio di competenza, per materia o per valore); inoltre si dovrà valutare se essa sia idonea ad attribuire all'avente diritto un ristoro (e se sia, conseguentemente, suscettibile di esecuzione) ovvero se sia soltanto atta a preconstituire un accertamento che possa agevolare, in una successiva e diversa sede (giurisdizionale), il riconoscimento del risarcimento dovuto.

b). Gli indicatori del valore aggiunto rispetto alla giustizia ordinaria

Contestualmente alla valutazione relativa alla questione se i metodi ADR descritti costituiscano una valida alternativa alla giustizia ordinaria, ci si può altresì interrogare sul fatto se essi siano inoltre caratterizzati da un *quid pluris* rispetto a tale giustizia, vale a dire se essi siano connotati – come in effetti dovrebbe essere – da caratteristiche tali da invogliare gli utenti a ricorrere alle forme alternative piuttosto che alla tradizionale giustizia dei Tribunali.

Anche sotto questo diverso profilo è allora possibile individuare alcuni indicatori di qualità più significativi (ricavabili, nuovamente, dall'esame della normativa europea sopra illustrata), dalla cui valutazione può dedursi se il metodo ADR esaminato sia da preferire, o meno, rispetto alla giustizia ordinaria.

¹³¹ Si pensi, ad esempio, nel settore delle comunicazioni elettroniche, alla necessità di ottenere il riallaccio della linea sospesa ovvero la portabilità del numero di utenza presso un altro operatore telefonico

In questo senso, ad esempio, un primo indicatore è quello della velocità (oltre che semplicità) delle procedure. Il metodo alternativo dovrebbe infatti garantire una *rapida soluzione della lite*¹³², considerato che questo è il problema che, da sempre, più affligge la giustizia ordinaria: vale a dire il problema della lungaggine giudiziaria e della assoluta sproporzione tra il tempo necessario a far valere i propri diritti in un giudizio e l'interesse o il valore sotteso alla tutela di questi diritti.

Più volte, infatti, può registrarsi nell'animo del soggetto leso (particolarmente nei settori, come quelli qui in esame, nei quali le liti non necessariamente riguardano un rilevante valore economico) un atteggiamento che implica la rinuncia della propria tutela a fronte di una considerazione che potrebbe essere brevemente riassunta nella considerazione che il *gioco non vale la candela*.

Sotto un ulteriore profilo, poi, anche in questo caso si deve rivolgere l'attenzione alla particolare composizione degli organi giudicanti.

Ed invero, come accennato, da un lato vi è l'interesse dell'utente del metodo ADR alla terzietà dell'organo giudicante, dall'altro, però, vi può essere anche l'interesse ad essere "giudicato" da parte di un soggetto tecnicamente specializzato, quindi da parte di un soggetto che, oltre ad essere un operatore del diritto (in grado di distinguere il torto e la ragione secondo le norme di diritto comune), sia anche un operatore tecnico nella speciale materia oggetto di controversia. La questione non è di poco conto, poiché, si ricordi, queste forme giustiziali sovente si ritrovano – come è per i casi esaminati in questo lavoro – in settori nei quali il tasso di specializzazione è elevato e che sono contraddistinti da legislazione innovativa e tecnica.

Ne consegue che il profilo dell'*alta specializzazione dell'organo giudicante* potrebbe certamente, ove esistente, costituire un vantaggio di queste forme di risoluzione alternativa delle controversie rispetto alla giustizia ordinaria.

Infine, di rilevante importanza per la scelta della forma giustiziale, è la considerazione della sua *eventuale gratuità* e della *necessità di patrocinio tecnico*.

¹³² Si ricordi, sul punto, che nella recente proposta di Direttiva in materia di ADR si è ipotizzato di generalizzare un termine di 90 giorni per qualsiasi procedura, con possibilità di un termine maggiore per i casi più complessi.

A seconda del modello organizzativo, infatti, le forme di risoluzione giustiziali possono prevedere, o meno, un esborso per l'utente del servizio, oltre che la necessità dell'assistenza di un avvocato (quest'ultima, naturalmente, difficilmente può essere imposta in sede non giurisdizionale, tuttavia è indubbio che tanto più la procedura sia complessa e rigorosa, tanto più l'utente riterrà opportuno ricercare un'assistenza tecnica).

Può, in sintesi, ragionevolmente ritenersi che qualora l'accesso alla forma di giustizia alternativa sia gratuito, o comunque contraddistinto da un'esigua spesa, e la relativa procedura non sia eccessivamente complessa (in termini di decadenze, preclusioni, redazione di memorie e così via), così da non implicare la necessità di una rappresentanza tecnica o, anzi, in ipotesi, da sconsigliarla¹³³, si verifica un indubbio vantaggio per l'utente, che può quindi propendere più agevolmente verso la scelta della giustizia alternativa.

ooo

Così individuati, in linea con le prescrizioni comunitarie, i vari indicatori di qualità per un servizio di Adr aggiudicativo, nei prossimi capitoli si procederà all'analisi degli arbitrati istituzionalizzati oggetto del presente lavoro, soffermandosi in particolare sui predetti aspetti, suscettibili di esprimerne la qualità sotto i profili della effettiva alternatività, nonché – ove sussistente – della maggiore validità in termini di tutela rispetto alla giustizia ordinaria.

¹³³ Sul punto si parlerà dei criteri di liquidazione delle spese legali da parte dell'ABF e di quelli applicati dall'Agcom.

CAPITOLO II

L'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO PRESSO BANKITALIA E LA CAMERA DI CONCILIAZIONE E ARBITRATO PRESSO LA CONSOB

1. L'ABF e la Camera in generale

L'Arbitro Bancario Finanziario, il cui acronimo comunemente utilizzato è "ABF", e la Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob costituiscono "i" metodi di risoluzione alternativa delle controversie in materia bancaria e finanziaria che si ritiene opportuno esaminare nel presente lavoro, poiché, essendo di recente introduzione, godono di una disciplina che si giova dell'esperienza e della maturità ormai già acquisite nel sistema dei mezzi ADR per garantirne il buon funzionamento¹³⁴.

Entrambi i predetti metodi, come si dirà, trovano il primo fondamento nella cosiddetta legge sul risparmio risalente al 2005¹³⁵ e costituiscono, in una parola, la "reazione" dell'ordinamento agli eventi che nei primi anni del 2000 hanno colpito il popolo dei risparmiatori, generando un'intensa sfiducia verso le Banche e gli intermediari finanziari, nonché, di riflesso, verso le Autorità di vigilanza preposte ai relativi settori¹³⁶.

¹³⁴ Ad onor del vero va comunque precisato che mentre l'ABF, come si dirà, è un sistema che funziona ormai a pieno ritmo, la Camera ancora è in una fase piuttosto iniziale: al momento in cui si scrive, infatti, alla Camera ancora non è mai stata presentata alcuna domanda di arbitrato.

¹³⁵ Legge 28 dicembre 2005, n. 262 "*Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 301 del 28 dicembre 2005 - Supplemento ordinario n. 208.

¹³⁶ Nella stessa home page del sito istituzionale della Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob (www.camera-consob.it) è infatti spiegato che "*La Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob trae origine nella legge per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari (L. n. 262/2005) che, in risposta ai noti casi di dissesti finanziari dei primi anni 2000, ha predisposto ulteriori tutele per i risparmiatori, fra le quali l'istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato in ambito CONSOB per la decisione di controversie insorte fra i risparmiatori o gli investitori non professionali e le banche o gli altri intermediari finanziari,*

Si è dunque avvertita l'esigenza non soltanto di prevedere una maggiore trasparenza dell'azione dei predetti soggetti professionali, ma anche, al contempo, di assicurare – tramite la previsione di metodi di risoluzione alternativa delle controversie – una rapida risoluzione delle possibili questioni insorte.

Nella definizione più comune, l'ABF è “*un sistema di risoluzione delle liti tra i clienti e le banche e gli altri intermediari che riguardano operazioni e servizi bancari e finanziari*” ed “*è un organismo indipendente e imparziale che decide in pochi mesi chi ha ragione e chi ha torto*”¹³⁷, mentre la Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob – come si intuisce già dalla denominazione – è un cosiddetto sistema misto di risoluzione alternativa delle liti, che unisce la procedura di conciliazione¹³⁸ a quella di arbitrato, non prevedendone, però, un uso “sequenziale”¹³⁹, bensì “alternativo”, nel senso che è rimessa alle parti la decisione in ordine alla scelta di quale delle due modalità di risoluzione della lite utilizzare.

circa l'adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela aventi ad oggetto servizi di investimento o di gestione del risparmio (fondi comuni) collettiva”.

¹³⁷ La definizione riportata si rinviene direttamente sul sito web dell'ABF, sia nella *home page* che nella documentazione disponibile www.arbitrobancariofinanziario.it. Nella *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, n. 1 – 2010, disponibile sul medesimo sito web, l'organismo è così illustrato (pag. 7): “*L'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) – operante dal 15 ottobre del 2009 – fornisce ai clienti che non abbiano trovato soddisfazione alle proprie richieste attraverso il rapporto diretto con gli uffici reclami delle banche e delle società finanziarie un modo semplice, rapido ed economico per risolvere la controversia in atto. L'ABF rientra nella categoria dei sistemi ADR (Alternative Dispute Resolution), termine con il quale sono definiti a livello internazionale i sistemi di risoluzione delle controversie di carattere “stragiudiziale”, ossia che si pongono “al di fuori” del processo ordinario. In tale categoria rientrano sia i sistemi di tipo “facilitativo/consensuale”, che favoriscono la soluzione delle liti attraverso l'intervento di un soggetto terzo che agevola il raggiungimento di un accordo tra le parti nella forma della conciliazione, sia i sistemi di tipo “decisorio/aggiudicativo”, nei quali la soluzione della lite avviene attraverso la decisione di un organo terzo e imparziale. L'ABF può essere annoverato tra i sistemi ADR di tipo decisorio*”.

¹³⁸ In breve, sul sito web istituzionale della Camera è spiegato che “La conciliazione è una procedura con cui un terzo neutrale diverso dal giudice facilita la comunicazione e la negoziazione tra le parti coinvolte in una controversia al fine di promuoverne, con un accordo, la risoluzione consensuale” mentre “L'arbitrato è una procedura alternativa alla giustizia ordinaria per mezzo della quale le parti convengono, attraverso la stipulazione di un compromesso o di una clausola compromissoria, di demandare la risoluzione della controversia, attuale o futura, a soggetti privati che rivestono la funzione di arbitri”.

¹³⁹ Come per esempio avviene nel caso dell'arbitrato residente presso l'Agcom di cui si tratterà nel prossimo capitolo, che è attivato nella ipotesi di fallimento della conciliazione.

L'ABF e la Camera di conciliazione e arbitrato (in seguito, per brevità, la Camera) rientrano a pieno titolo nel novero dei mezzi giustiziali sotto l'egida di Autorità di garanzia qui in esame, poiché essi, per quanto indubbiamente dotati – perlomeno da un punto di vista teorico e sistematico – di una precisa autonomia, non soltanto originano e sono disciplinati anche in virtù di disposizioni regolamentari, rispettivamente, della Banca d'Italia e della Consob, ma, soprattutto, operano nell'ambito del sistema organizzativo delle stesse (con le modalità che saranno in seguito più diffusamente ricordate).

Ne consegue che l'attività dell'Arbitro e della Camera, pur non potendo essere formalmente ricondotte alle competenze della Banca d'Italia e della Consob, a tali competenze sono in realtà strettamente connesse, al punto che sotto i determinati profili contrattuali la cui violazione può essere sottoposta all'attenzione degli Arbitri (vale a dire, principalmente, i profili della trasparenza e della correttezza verso la clientela) vi è perfetta coincidenza tra l'operato dell'ABF o della Camera, espresso nei (convincimenti dei) relativi provvedimenti, e l'impostazione della azione di vigilanza prescelta dalla Banca d'Italia o della Consob¹⁴⁰ nei confronti degli operatori del settore¹⁴¹.

¹⁴⁰ Nel caso della Commissione, si deve ricordare che, allo stato, l'Arbitro non ha in pratica mai funzionato. Tuttavia, il collegamento con l'attività di vigilanza è massimo, come si evince dalle disposizioni del Decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179 (di cui si dirà anche *infra* nel testo), recante “*Istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori in attuazione dell'articolo 27, commi 1 e 2, della legge 28 dicembre 2005, n. 262*”, pubblicato nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana n. 253 del 30 ottobre 2007: si consideri, invero, che, ai sensi dell'articolo 3 del predetto decreto, nel caso in cui l'Arbitro incaricato riscontri l'inadempimento dell'intermediario agli obblighi di trasparenza può liquidare un indennizzo per l'investitore, che è attinto dal Fondo di garanzia per gli investitori istituito ai sensi dell'articolo 8 del medesimo decreto, il cui comma 5 dispone che “*Il Fondo è finanziato esclusivamente con il versamento della metà degli importi delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate per la violazione delle norme di cui al comma 1*” (che sono, appunto, le norme del TUF – Testo Unico della Finanza di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 – che riguardano le attività degli intermediari).

¹⁴¹ Secondo AULETTA, F., *Arbitro bancario finanziario e “sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie”* in *Le Società*, 2011, 1, 83, in particolare, l'attività dell'ABF altro non è che un sub-procedimento nell'ambito di un procedimento complesso di vigilanza. In pratica, secondo l'Autore, “*Accade che il cliente, titolato da un qualificato potere di promovimento (con naturale sequela di diritti procedurali), con il ricorso solleciti in concreto l'esercizio di un potere di vigilanza della Banca d'Italia (iniziativa a istanza di parte) (...). Verificatosi tale presupposto, l'Amministrazione procedente, cioè la Banca d'Italia, è tenuta ad aprire il procedimento adeguato (...). Ne segue la fase istruttoria (con monopolio del soggetto pubblico che supera, anche grazie all'obbligo collaborativo dell'intermediario (di cui si dirà nel paragrafo dedicato al procedimento, n.d.r.), l'altrimenti immanente principio dispositivo che, con la connessa figura dell'onere in capo*

La questione, come è intuitivo, non è di poco conto: ed infatti, sebbene sia vero, come si è già avuto modo di sottolineare nel primo capitolo, che in determinati settori il fallimento del sistema giustizia è suscettibile di provocare effetti più gravi che in altri, e che pertanto sono auspicabili procedure Adr altamente specializzate, è anche vero che un sistema Adr (particolarmente se aggiudicativo) dovrebbe garantire l'assoluta *terzietà* dell'organo giudicante, pena la sua insopprimibile parzialità.

Certamente, allora, rispetto ad Autorità di settore che hanno specifiche funzioni di vigilanza e regolamentari nei confronti degli operatori del relativo mercato non può seriamente discutersi di un'effettiva *terzietà* e, peraltro, la scelta appare in realtà ancor più ambigua se si considera che, invece di affidare *tout court* la risoluzione dei conflitti all'Autorità di garanzia, come avviene, per esempio, nei settori di pubblica utilità, sono stati appositamente creati questi organismi, che dovrebbero teoricamente essere dotati di autonomia e indipendenza, ma che sono in realtà strutturalmente incardinati, come si vedrà, presso le Autorità stesse¹⁴².

a ciascuna delle parti, sarebbe proprio della natura di giudizio civile), in cui l'Amministrazione procedente non solo acquisisce i fatti rilevanti, ma procede anche alla loro valutazione. Nei procedimenti più complessi, disciplinati in base alla legge, può darsi una fase ulteriore, intesa a una valutazione preliminare dei fatti e degli interessi in gioco: la fase consultiva in senso lato. Si tratta di ipotesi in cui la decisione dell'Autorità deve essere preceduta da elementi valutativi riservati a un ufficio differenziato rispetto all'Amministrazione attiva, la cui legittimazione deriva dalla specializzazione tecnica dei titolari ovvero dalla loro capacità rappresentativa degli interessi in gioco. E' in un sub procedimento del genere, destinato generalmente a concludersi con un parere, che si inserisce l'opera del collegio dell'ABF. Cioè, la deliberazione dell'ABF non è altro che un parere (...) sopra i rapporti in atto tra l'intermediario bancario-finanziario e il cliente, una dichiarazione di giudizio relativa e successiva ad accertamenti tecnici complessi. Una volta emesso tale giudizio, lo stesso sostanzia la determinazione conformativa di un procedimento amministrativo di vigilanza, è un atto interno a questo procedimento e di per sé non già lesivo della sfera dell'intermediario".

¹⁴² CAPRIGLIONE, F., *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.* 2010, 03, 261, fa notare infatti che "il Comitato (il CICR, n.d.r.) nel fissare le modalità con cui assicurare l'imparzialità di giudizio e la rappresentatività dei soggetti interessati, ha affidato la decisione ad un collegio, la cui composizione fa capo in via prevalente alla Banca d'Italia che ne designa il presidente e due membri, a fronte della nomina degli altri due componenti riservata rispettivamente alle associazioni di categoria degli intermediari ed a quelle rappresentative dei clienti. Inoltre alla Banca d'Italia è demandata anche l'organizzazione, a livello locale, delle segreterie tecniche per lo svolgimento delle funzioni dell'Arbitro, attività poi coordinata a livello centrale da detta istituzione. Non v'è dubbio che, in relazione alle peculiarità del delineato modello dell'A.B.F., è verosimile il rischio di una funzionalizzazione della attività svolta dal medesimo a scopi altri e diversi da quelli direttamente collegabili alle finalità di giustizia".

Tale ritenuta commistione, è bene avvisarlo sin da ora, deriva soltanto da una ricostruzione dell'interprete che esamina l'operato dell'Arbitro o della Camera, poiché, come meglio si vedrà, formalmente vige una netta separazione di competenze tra le strutture, peraltro di recente rimarcata, in particolare per l'ABF.

Nell'aggiornare a fine 2011 la regolamentazione relativa al funzionamento dell'ABF¹⁴³, infatti, la Banca d'Italia, a fronte delle osservazioni al riguardo ricevute dai partecipanti alla fase ascendente della regolamentazione¹⁴⁴, ha riconfermato *“la piena indipendenza giuridica e funzionale dell'ABF rispetto alla Banca d'Italia”*, precisando altresì – in accoglimento di ulteriori osservazioni sul punto delle incompatibilità del personale di Banca d'Italia nello svolgimento di funzioni di vigilanza e di risoluzione alternativa delle controversie – che *“i dipendenti delle Autorità di vigilanza possono ritenersi in possesso dei requisiti di competenza ed esperienza richiesti purché siano cessati dall'esercizio delle funzioni di vigilanza”*¹⁴⁵.

Nel testo delle disposizioni sul funzionamento dell'ABF, inoltre, sono scomparsi tutti i riferimenti, più o meno espliciti, al collegamento con l'attività di

Pertanto, secondo l'Autore, *“Per escludere la possibilità di una confusione di ruoli (...) si dovrà tener conto del fatto che, su un piano olistico, all'interno dell'amministrazione di controllo, sussista un continuo avvicendamento tra gli addetti alle funzioni di cui trattasi; considerazione che denota peculiare colorazione in relazione al fatto che, a seguito dell'istituzione dell'A.B.F., l'Organo di supervisione bancaria finisce con l'assumere indirettamente anche il ruolo di « giudice » nei confronti di soggetti che sono, per un verso, destinatari delle prescrizioni normative da esso emanate, per altro sottoposti agli accertamenti che il medesimo pone in essere sugli operatori del settore”*.

¹⁴³ Si tratta del provvedimento della Banca d'Italia del 18.06.2009, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della repubblica italiana del 24 giugno 2009, n. 144, recentemente modificato all'esito della consultazione pubblica avviata dalla Banca d'Italia nel luglio 2011 e conclusa a dicembre 2011.

¹⁴⁴ Il partecipante che più ha insistito sulla necessità di autonomia e indipendenza dell'Arbitro rispetto alla Banca d'Italia è l'Unione Finanziarie Italiane, UFI, nelle *Osservazioni* sulla Revisione della disciplina del sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari, pag. 2. Il documento è disponibile al seguente indirizzo web http://www.bancaditalia.it/vigilanza/cons-pubblica/proc_conclude/raccolta/2011/disciplina_ABf

¹⁴⁵ Banca d'Italia, *Resoconto della consultazione*, pag. 3.

vigilanza¹⁴⁶, ma, in verità, l'eliminazione di riferimenti espliciti non pare essere dirimente.

Ed invero, la stessa Banca d'Italia, nel concludere la consultazione pubblica, non ha affatto escluso, anzi, che l'occasione della risoluzione di una controversia potrebbe fornire elementi su cui avviare un procedimento in sede di vigilanza¹⁴⁷.

In particolare, infatti, a fonte della esplicita richiesta a che *“le informazioni e i documenti acquisiti nel corso dei procedimenti ABF non poss(a)no in nessun caso essere utilizzati per l'avvio di procedimenti sanzionatori da parte dell'Autorità di Vigilanza”*¹⁴⁸, l'Autorità, disattendendo la richiesta, ha spiegato che *“in base alle regole che presiedono all'attività di vigilanza, la Banca d'Italia può assumere iniziative e interventi, condurre accertamenti e, se del caso, avviare procedimenti amministrativi e sanzionatori sulla base della conoscenza che essa abbia dei fatti che possono costituire presupposto di tali misure, indipendentemente dall'origine dell'informazione (ad es., esposti dei consumatori). Anche gli esiti dei procedimenti dinanzi all'ABF, che costituiscono informazioni di pubblico dominio, possono (conseguentemente, n.d.r.) essere utilizzati quale fonte informativa in grado di porre in evidenza indici di anomalia nel comportamento dell'intermediario o una particolare esposizione a rischi legali e reputazionali”*¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Nelle premesse, ad esempio, non si precisa più che *“I sistemi stragiudiziali assumono rilievo (tra l'altro, n.d.r.) per le finalità di vigilanza”* e, nella Sezione VI, della precedente versione delle disposizioni, relativa a procedimento, nel paragrafo 4, è scomparsa la previsione secondo cui *“Gli esiti dei ricorsi sono valutati dalla Banca d'Italia per i profili di rilievo che essi possono avere per l'attività di vigilanza”*. Per curiosità, si noti che tali riferimenti sono stati eliminati senza fare alcuna menzione della precisa eliminazione nella Relazione illustrativa che accompagnava il documento sottoposto a consultazione.

¹⁴⁷ Si veda ad esempio CAPRIGLIONE, F., *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.* 2010, 03, 261, che aveva fatto notare che in questo senso sembrava orientata anche l'affermazione contenuta delle disposizioni sul funzionamento dell'ABF, emanate dalla Banca d'Italia, secondo cui *“i sistemi stragiudiziali assumono rilievo per le finalità della vigilanza e, più in generale, per l'efficienza del sistema finanziario”*. Nella fase di rivisitazione della disciplina, durante la quale l'Autorità ha posto l'accento sulla separazione che vi sarebbe tra la sua struttura e l'ABF, il riferimento alla vigilanza è scomparso.

¹⁴⁸ Osservazioni UFI, pag. 2.

¹⁴⁹ Banca d'Italia, *Resoconto della consultazione*, pag. 4.

Anche per la Camera, a ben vedere, possono valere analoghe considerazioni: il già citato decreto legislativo n. 179/2007, invero, disciplina *tout court* (nel Capo I) le “*Procedure di conciliazione e arbitrato presso la Consob*”, tant’è che l’arbitrato stesso (che è il metodo che qui interessa, in quanto sistema giustiziale) è indicato – nella rubrica dell’articolo 5 del medesimo decreto, come “*Arbitrato amministrato dalla Consob*”¹⁵⁰.

Pertanto, alla luce di così chiare indicazioni, è verosimile ritenere che l’utente che si avvale di questi metodi ADR, e che decide dunque di affidare la soluzione della vicenda patologica in cui è parte al pronunciamento dell’Arbitro, confida senz’altro anche nel coinvolgimento più o meno intenso, o eventualmente indiretto, dell’Autorità di vigilanza nonché nell’autorevolezza del suo intervento¹⁵¹, affinché per l’operatore professionale vi sia un forte deterrente dal perseverare in una condotta violativa dei doveri di trasparenza e di correttezza verso la clientela che l’utente, altrimenti, avrebbe ben poche possibilità di arginare¹⁵².

¹⁵⁰ Va comunque rilevato che sul sito istituzionale della Camera è rimarcata a chiare lettere l’autonomia della stessa dalla Consob. E’ infatti spiegato che “*La Camera è un organismo collegiale di cinque membri nominati dalla CONSOB; due di essi sono designati rispettivamente dalle associazioni maggiormente rappresentative degli intermediari e dal Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti. La Camera è comunque indipendente dalla CONSOB, pur avvalendosi di risorse e strutture individuate dalla stessa, e dispone di autonomia funzionale oltre che statutaria nella adozione di norme di organizzazione e funzionamento*”.

¹⁵¹ Su questo punto (e dunque sulla già spiegata commistione di funzioni tra ABF e Bankitalia) sono tranchant CLARICH, M., CAMILLI, E.L., *Poteri quasi giudiziali delle Autorità indipendenti*, in *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l’economia*, a cura di PAJNO, A. e D’ALBERTI, M., Il Mulino, Bologna, 2010, 131, secondo cui “*Il sistema (dell’ABF, n.d.r.) si regge fondamentalmente sull’autorevolezza dell’organo decidente e sulla contiguità dell’organo di vigilanza*”. Anche QUADRI, E., *L’Arbitrato bancario finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in NGCC, 2010, parte seconda, 308, nota che sono stati affidati alla “*Banca d’Italia, organismo istituzionalmente preposto all’organizzazione e al controllo del sistema bancario, la disciplina del funzionamento e, poi, la gestione del sistema stesso, garantendo, al contempo, effettività della relativa efficacia, proprio quale riflesso del suo ruolo istituzionale di Autorità settoriale, con le connesse possibilità di intervento, appunto, autoritativo sugli operatori*”.

¹⁵² Ed infatti, nonostante le rassicurazioni fornite da Bankitalia agli operatori del settore sulla netta separazione delle funzioni, non pare potersi revocare in dubbio che vi è un forte “*rischio di una funzionalizzazione svolta dal medesimo (cioè dall’ABF, n.d.r.) a scopi altri e diversi da quelli direttamente collegabili alle finalità di giustizia*” così CAPRIGLIONE, F., *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.* 2010, 03, 261, che prosegue, riferendosi al fatto che le segreterie tecniche fanno parte della struttura dell’Autorità, spiegando che “*Non v’è dubbio che a livello sostanziale - fermi i « buoni intenti » che hanno guidato le autorità nel dare*

D'altro canto, come è stato fatto notare¹⁵³, *“la figura del « giudice-autorità », assunta dall'amministrazione di controllo, presenta un appeal molto significativo e decisamente maggiore rispetto a quello che può ravvisarsi in qualsivoglia altro organismo che eserciti pubbliche funzioni”* ed è verosimilmente per questo motivo che, come si dirà, l'attività dell'ABF prosegue a pieno ritmo (mentre quella dell'Arbitrato amministrato presso la Camera, come accennato, allo stato ancora non è decollata, forse a causa della possibilità alternativa di esperire il metodo più “soft” della conciliazione, non presente, invece, nel sistema amministrato da Bankitalia).

Per ciò che concerne la competenza, va ricordato che l'Arbitro ha il potere di pronunciarsi sulle controversie che riguardano operazioni e servizi bancari e finanziari (purché derivanti da operazioni o comportamenti successivi al 1° gennaio 2007, data che, a partire dal 1° luglio 2012, sarà quella del 1° gennaio 2009)¹⁵⁴, indipendentemente dal loro valore. Tuttavia, nel caso in cui si debba

*attuazione ai principi della legge sul risparmio - si individuano condizioni in grado di ostacolare l'effettiva separazione tra ruoli voluta dal regolatore in subiecta materia. Basti pensare alle difficoltà in cui vengono a trovarsi i componenti di un organo giudicante che devono esprimersi su vicende da essi già precedentemente valutate in altra veste; per non dire, poi, più in generale, della solidarietà che origina da un comune « senso di appartenenza » alla istituzione e che si consolida attraverso la condivisione di una « cultura d'ambiente »”. In senso analogo anche AULETTA, F., Arbitro bancario finanziario e “sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie” in *Le Società*, 2011, 1, 83, secondo cui “L'atto dell'ABF è destinato a esser seguito da una fase di esercizio di discrezionalità tecnica in cui la Banca d'Italia stabilisce se la condotta dell'intermediario sia conforme ovvero si sia conformata al giudizio dell'ABF o anche - sulla premessa della in surrogabilità del giudizio di quest'ultimo organo – sia da irrogare la sanzione reputazionale all'intermediario ritenuto inadempiente; inadempiente al comportamento originariamente preteso dal cliente e nei limiti in cui sia (stato riconosciuto) esigibile (dall'ABF)”.*

¹⁵³ CAPRIGLIONE, F., *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.* 2010, 03, 261.

¹⁵⁴ La modificazione è stata inserita a seguito della recente consultazione pubblica. Va notato che qualora si tratti di operazioni o comportamenti antecedenti alla data indicata, il ricorso è dichiarato “irricevibile”. L'ABF sul punto ha chiarito che la regola vale anche per il caso in cui l'interesse a ricorrere sorga in data successiva, ma si riferisca comunque ad operazioni antecedenti alla data indicata. In particolare, in un caso in cui l'utente aveva richiesto la condanna della Banca a manlevarlo dalle sanzioni contestategli dall'ente di appartenenza a causa di un pagamento effettuato in ritardo per presunta responsabilità della Banca e risalente all'anno 2004, l'ABF, senza entrare nel merito delle questioni, ha specificato che “La ratio del limite temporale della competenza imposto dalle Disposizioni Bankitalia deve essere ricercata nelle esigenze di buon funzionamento dell'organo e del suo procedimento ed in tale contesto lo specifico riferimento contenuto nelle disposizioni sopra richiamate ad “operazioni o comportamenti anteriori al 1° gennaio 2007” non appare tale da attribuire rilevanza al momento in cui il danno si sia verificato rispetto al momento in cui l'operazione o il comportamento generatore del danno, oggetto di

richiedere all'ABF la liquidazione di una somma di denaro, a qualsiasi titolo, la competenza per valore è fissata in 100.000 euro¹⁵⁵.

All'arbitrato amministrato presso la Consob, invece, possono essere sottoposte le *“controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori”*¹⁵⁶.

Dunque, nel caso dell'Arbitrato Consob, se, da un lato, non sembrano sussistere limiti di competenza per valore, dall'altro vi è una delimitazione per materia della possibile indagine, dovendosi fare esclusivo riferimento – stando

contestazione da parte del cliente, si sia realizzato. Se non v'è dubbio che il termine “operazioni” non possa che riferirsi al singolo atto negoziale svolto nell'ambito del rapporto cliente – intermediario, anche il termine “comportamenti”, nel contesto in cui è inserito (vale a dire, nell'ambito della regolamentazione di un organo designato ad esprimersi su controversie relative a operazioni e servizi bancari e finanziari promosse dal cliente nei confronti dell'intermediario, cfr. 1° cpv. par. 4, sez. I Disposizioni Bankitalia) non può che riferirsi a condotte attive od omissive dell'intermediario bancario che, pur non potendosi qualificare come “operazioni”, siano tali da determinare la lesione di un diritto o di una legittima aspettativa del cliente nell'ambito del rapporto cliente – intermediario”. Decisione n. 2841 del 23 dicembre 2011, pubblicata sul sito web dell'ABF.

¹⁵⁵ Questo limite di valore, introdotto dalla delibera CICR di cui si dirà nel prossimo paragrafo e dalle connesse disposizioni di Bankitalia, ma non previsto nel T.U.B., è stato oggetto di critiche di carattere sistematico da parte di RUPERTO, S., *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 03, 325, il quale in primo luogo si chiede *“se la sfera di operatività del Sistema ABF possa essere delimitata da norme non aventi efficacia di legge. L'art. 128-bis (norma di legge), infatti, si limita a sancire l'adesione ai sistemi di risoluzione delle controversie quale condizione necessaria per l'esercizio dell'attività bancaria, senza tuttavia pronunciarsi sull'ambito di competenza di tali sistemi. ... Con le limitazioni sopra delineate, infatti, si viene in sostanza a comprimere il diritto dei clienti di ricorrere al Sistema ABF, escludendo dall'ambito operativo di questo taluni settori dei rapporti bancari ... La riscontrata carenza di un fondamento legale di tale limitazione orienta l'interprete verso la ricerca di un fondamento diverso. Non essendo una norma di legge a contemplare la limitazione, è giocoforza fare riferimento alla volontà dei contendenti, manifestata dall'intermediario con l'adesione al Sistema e dal cliente con la proposizione del ricorso. Con questi atti le parti accettano le disposizioni delimitative sancite nel regolamento del CICR. In particolare, la clausola prevista nel quarto comma è assunta dalle parti alla stregua di limitazione non già del potere astratto di ricorrere al Sistema ABF, bensì della classe di controversie “compromettibili”, fra le quali, giustappunto, non rientrano (e dunque non possono essere sottoposte all'Organo decidente) quelle in cui oggetto di contestazione è una somma superiore a 100.000 euro. L'ipotesi è sostanzialmente assimilabile a quella di una convenzione d'arbitrato che contempli soltanto una categoria di controversie, individuate con il criterio del valore economico”*.

¹⁵⁶ Articolo 2, comma 1, decreto legislativo n. 179/2007 citato.

alla lettera della previsione, oggi ancora inattuata – alle controversie insorte per la violazione degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza¹⁵⁷.

Inoltre, restano in entrambi i casi escluse, il che pare piuttosto comprensibile, le domande di risarcimento dei danni ulteriori.

L'ABF, infatti, non può liquidare – ed invero nei fatti non liquida – danni che non siano conseguenza immediata e diretta dei fatti narrati nel ricorso; la disciplina della Camera, inoltre, prevede che il risarcimento del cosiddetto “maggior danno” (rispetto all'indennizzo liquidabile in tale sede) debba essere richiesto all'Autorità giudiziaria¹⁵⁸.

Inoltre, all'ABF e alla Camera non possono essere sottoposte controversie per le quali sia già stata adita l'Autorità giudiziaria, in quanto, all'evidenza, tali sistemi costituiscono una via alternativa alla giustizia ordinaria.

Su quest'ultimo punto, tuttavia, è qui necessario ricordare che, come già accennato, a seguito dell'entrata in vigore del più volte citato decreto legislativo n. 28/2010, per le controversie in materia bancaria e finanziaria il ricorso all'ABF o

¹⁵⁷ Inutile negare che, nonostante la delimitazione, l'abito di indagine sembra suscettibile di espandersi significativamente, stante la tendenziale ampiezza, ad esempio, del concetto di “correttezza”. Le basi normative sulle quali parametrare l'eventuale violazione degli obblighi posti a carico degli intermediari, comunque, sembrano essere quelle del *Regolamento recante norme di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di intermediari* (adottato con dalla Consob con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007 e successivamente modificato con delibere n. 16736 del 18 dicembre 2008 e n. 17581 del 3 dicembre 2010) e, in particolare, quelle del suo Libro III, dedicato alle *Prestazione dei servizi e delle attività di investimento e dei servizi accessori*, Parte II, *Trasparenza e correttezza nella prestazione dei servizi/attività di investimento e dei servizi accessori*. Ad esse vanno poi aggiunte le recenti disposizioni introdotte nel Codice del consumo di cui al già citato decreto legislativo n. 206/2005, in particolare agli articoli 67 bis e seguenti, nella Sezione IV bis, in materia di *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, del Titolo III, *Modalità contrattuali*, della Parte III del Codice sul *Rapporto di consumo*. Tale Sezione è stata inserita nel Codice del consumo dall'art. 9 del decreto legislativo n. 221 del 23 ottobre 2007, pubblicato nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana n. 278 del 29 novembre 2007. L'art. 21 del predetto decreto ha contestualmente abrogato il decreto legislativo n. 190 del 19 agosto 2005, che previamente disciplinava la “*Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*”.

¹⁵⁸ La previsione è contenuta nell'articolo 3, comma 3, del citato decreto legislativo n. 179/2007, secondo cui “E' fatto salvo il diritto dell'investitore di adire l'autorità giudiziaria ordinaria, anche per il riconoscimento del risarcimento del maggior danno subito in conseguenza dell'inadempimento, oltre all'indennizzo già stabilito”. Questa norma peraltro è assolutamente analoga a quella contenuta nell'articolo 19, comma 5, dell'allegato A alla delibera n. 173/07/CONS dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, recante il “Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, secondo cui “*Resta salva la possibilità per le parti di far valere in sede giurisdizionale il maggior danno*”.

alla Camera (o, in ipotesi, ad altre forme ADR disciplinate dallo stesso decreto) è divenuto condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria.

Al riguardo va notato che la normativa sull'ABF è stata recentemente coordinata con il decreto legislativo da ultimo citato, disciplinando le possibilità di interazione tra l'ABF e la Magistratura; quella della Camera, per contro, ancora non prevede nulla in proposito. E' comunque ipotizzabile che anche per le materie rientranti nella competenza della Camera si verifichi la predetta necessità di coordinamento ed è allora verosimile che il Giudice proceda in maniera analoga per entrambe le fattispecie.

In altre parole, oggi potrebbe verificarsi l'ipotesi che una lite già pendente dinanzi alla Magistratura sia comunque ricondotta all'ABF (o alla Camera).

Potrebbe invero accadere che – proposta direttamente la domanda dinanzi all'Autorità giudiziaria – il Giudice rilevi che difetta la condizione di procedibilità ed inviti dunque le parti, ai sensi dell'articolo 5, comma 1, del predetto decreto, ad esperire la procedura alternativa entro un termine all'uopo fissato¹⁵⁹.

Sul punto va allora notato che il rilievo che il Legislatore del 2010 ha implicitamente assegnato all'ABF e alla Camera, contemplandoli come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale nel decreto sulla cosiddetta mediazione obbligatoria, ad appena pochi mesi dall'inizio della loro operatività – ovvero contestualmente, per il caso della Camera – è chiaro segno della volontà del Legislatore di dotare l'utente dei servizi bancari e finanziari di strumenti aggiuntivi (snelli e di settore) da utilizzare nei confronti della controparte, per la tutela di situazioni patologiche che si verificano nell'esecuzione del contratto (o anche nel corso delle trattative)¹⁶⁰ pregiudicando il già precario equilibrio fra le posizioni delle parti¹⁶¹.

¹⁵⁹ Si ricorda, infatti, che la norma citata, dopo aver sancito che la procedura di mediazione (alla quale, ai sensi della medesima norma, è equiparata quella dinanzi all'ABF, per le materie di competenza) è condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria, stabilisce che *“Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione”*.

¹⁶⁰ L'estensione della competenza dell'ABF alle trattative precontrattuali risponde ad una precisa esigenza di tutela, che per la prima volta è stata resa nota nel Comunicato dello stesso Arbitro del

L'istituzione degli Arbitri, pertanto, segna un altro passo verso l'efficienza del sistema: infatti, la disponibilità di un rimedio agevole di tutela comporta, quale conseguenza indiretta, il miglioramento dei rapporti tra le parti, entrambe più tutelate¹⁶².

Peraltro, analogamente a ciò che avviene in altri settori, la semplicità di queste procedure alternative permette (ovvero, permetterebbe, visto che l'arbitrato presso la Camera non ha ancora mai espletato le proprie funzioni) di sottoporre a

gennaio 2010 *“Chiarimenti su questioni applicative della disciplina”*, nel quale si legge che *“Le disposizioni in materia di ABF devono essere intese nel senso che l'Organo decidente può conoscere anche le controversie riguardanti le trattative precontrattuali - tra cui in particolare quelle concernenti il rispetto delle norme in materia di trasparenza - indipendentemente dall'effettiva conclusione del contratto”*. In questo stesso senso, in occasione della recente consultazione pubblica, le disposizioni sul funzionamento dell'ABF emanate dalla Banca d'Italia sono state modificate, ricomprendendo nella definizione di cliente *“il soggetto che ha o ha avuto un rapporto contrattuale o è entrato in relazione con un intermediario per la prestazione di servizi bancari e finanziari, ivi compresi i servizi di pagamento”*, con l'ulteriore specificazione che *“tra le ipotesi di relazione con l'intermediario per la prestazione di servizi bancari e finanziari rientrano anche le trattative precontrattuali, che possono dar luogo a controversie concernenti il rispetto delle norme in materia di trasparenza, indipendentemente dall'effettiva conclusione di un contratto”*. Sul punto, per completezza, si segnala che nel corso della consultazione pubblica la nuova definizione proposta è stata in parte osteggiata (da UFI, *Osservazioni*, pag. 3) argomentando sul fatto che si poteva porre un problema di interferenza con la disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette, ma la Banca d'Italia ha rigettato le critiche spiegando che la nuova norma *“è volta infatti a chiarire che la competenza dell'ABF riguarda anche il rispetto della normativa di trasparenza emanata dalla Banca d'Italia relativamente alla fase precontrattuale (es. consegna del foglio informativo o del documento di sintesi)”* Banca d'Italia, *Resoconto della consultazione*, pag. 5. Nel silenzio delle previsioni, inoltre, nulla quaestio in ordine alla analoga competenza della Camera, visto che l'oggetto delle controversie ad essa sottoponibili deve concernere esattamente la violazione delle regole di trasparenza e correttezza che, generalmente, trovano la loro prima sede naturale proprio nella fase precontrattuale.

¹⁶¹ A conferma del fatto che il sistema intende tutelare i contraenti deboli che sono in posizione di squilibrio rispetto agli intermediari, si veda la disposizione di cui all'art. 1, comma, 1 lettera a) della delibera CICR n. 275/2008, che esclude dalla definizione di “cliente” i soggetti che esercitano in via professionale l'attività di intermediazione nei settori bancario, finanziario, assicurativo e previdenziale. Lo nota PELLEGRINI, M., *Sistemi alternativi di composizione delle controversie bancarie*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, Vol. II, p. 878, Cedam, Padova, 2010, qualificandoli come clienti *“professionalmente attrezzati e, dunque, non riconducibili nella categoria del contraente in need of protection”*. Anche la normativa sulla Camera esclude i “clienti professionali” dal proprio campo di applicazione, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera a) del più volte citato decreto legislativo n. 179/2007.

¹⁶² Non si dimentichi, infatti, che non soltanto la parte debole del rapporto (cioè il cliente) può essere tutelata dall'Arbitro. Invero, qualora l'Arbitro accerti la legittimità e la correttezza del comportamento della parte professionale, quest'ultima ne potrebbe avere un ritorno sia in termini di immagine (tramite la pubblicazione del provvedimento), sia in termini di fidelizzazione del cliente (originariamente) insoddisfatto.

giudizio questioni che, presumibilmente, dinanzi alla Magistratura non sarebbero azionate.

Ci si riferisce, in particolare, a tutte quelle disposizioni¹⁶³ che impongono, più o meno dettagliatamente, il rispetto dei doveri di trasparenza e di correttezza nei rapporti bancari e finanziari e che possono verificarsi anche nella fase delle trattative precontrattuali (per questo motivo, infatti, si è avvertita l'esigenza sopra descritta di estendere espressamente la competenza dell'ABF fino a ricomprendere le predette trattative)¹⁶⁴.

Tale intervento di tutela si giustifica in virtù della speciale materia cui è collegato. Ed invero, sebbene il rapporto tra clienti, banche ed intermediari sia senz'altro di natura privatistica, e possa conseguentemente essere connotato da logiche di profitto, non vi è dubbio che esso attenga essenzialmente ad interessi strettamente connessi al *risparmio*, tutelato specificamente dall'art. 47 della Costituzione italiana nell'ambito dei rapporti economici, e che pertanto meriti

¹⁶³ Sul punto si ricorda che, come visto già in precedente nota, la competenza della Camera spazia dalle norme emanate dalla Consob in materia di trasparenza delle informazioni a carico degli intermediari, a quelle del Codice del consumo. Per ciò che concerne l'attività dell'ABF, invece, non testualmente legata alla trasparenza, si ricorda che per i contratti nel settore bancario e finanziario vigono le disposizioni sulla *"Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti"*, approvate dalla Banca d'Italia il 29 luglio 2009, e modificate il 9 febbraio 2011 (reperibili sul sito web dell'Autorità), che perseguono le seguenti finalità (esprese nella Premessa): *"La disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari persegue l'obiettivo, nel rispetto dell'autonomia negoziale, di rendere noti ai clienti gli elementi essenziali del rapporto contrattuale e le loro variazioni, favorendo in tal modo anche la concorrenza nei mercati bancario e finanziario. Il rispetto delle regole e dei principi di trasparenza e correttezza nei rapporti con la clientela attenua i rischi legali e di reputazione e concorre alla sana e prudente gestione dell'intermediario"*. Le predette disposizioni, ora suddivise in undici Sezioni, disciplinano la trasparenza e la correttezza sia con riferimento alla fase precontrattuale sia con riferimento a quella contrattuale, peraltro distinguendo fra le varie tipologie di contratto; inoltre, l'ultima Sezione è dedicata ai "Requisiti organizzativi" e contiene interessanti nonché dettagliatissimi precetti sulla gestione dei reclami della clientela, cui si farà cenno *infra* nel testo.

¹⁶⁴ Infatti, i profili di trasparenza e di correttezza che possono essere sottoposti all'attenzione dell'ABF, pur attenendo necessariamente al rapporto fra le parti, non sono di immediata individuazione, poiché non sono tutti elencati a livello normativo o contrattualizzati, né sono di facile coniugazione, poiché, derivando da clausole generali, sono suscettibili di atteggiarsi in maniera differente a seconda del singolo rapporto. Essi soffrono, conseguentemente, il fatto di non essere chiaramente delineati e di non essere, nella normalità dei casi, collegati ad un preciso interesse patrimoniale (come per contro avviene per le "più tradizionali" obbligazioni contrattuali dedotte nel rapporto), dal che deriva la difficoltà di far valere la loro violazione nelle ordinarie sedi giurisdizionali.

un'attenzione specifica sotto ogni profilo, ivi compresi i profili comportamentali dei soggetti professionali verso la clientela¹⁶⁵.

Può dunque affermarsi che, attualmente, anche i temi della correttezza e delle trasparenza (sia nelle condizioni contrattuali che nei rapporti con la clientela) hanno acquisito un ruolo centrale nel sistema delle obbligazioni bancarie e finanziarie e devono permeare non più soltanto le comunicazioni rivolte alla clientela, bensì l'intero esercizio dell'attività professionale sotto ogni profilo¹⁶⁶ (per esempio si pensi alla struttura dei prodotti offerti o alla organizzazione,

¹⁶⁵ Si noti che l'attenzione del Legislatore verso la tutela dei predetti aspetti del rapporto contrattuale si è particolarmente accentuata negli ultimi anni, con la conseguenza che può affermarsi che le norme sulla disponibilità dei metodi ADR per le liti inerenti alla trasparenza e alla correttezza dei rapporti hanno costituito i primi passi di un cammino ben più lungimirante. Basti pensare, al riguardo, alla introduzione nel Tub della nuova formulazione dell'articolo 127, secondo cui la Banca di Italia esercita i poteri previsti dal titolo VI del Testo Unico (che concerne, appunto, la *Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*) avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'articolo 5 (che sono le finalità "tradizionali" che l'Autorità preposta ha l'obiettivo di assicurare), *"alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela"*. La nuova formulazione deriva dall'art. 4, comma 3, D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, recante *"Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi"*, pubblicato nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 207 del 4 settembre 2010, Suppl. Ordinario n. 212, come modificato dall'art. 3 del d.lgs. 14 dicembre 2010, n. 218, recante modifiche ed integrazioni al predetto decreto, pubblicato nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 295 del 18 dicembre 2010. Oppure si pensi ai penetranti poteri inibitori e sospensivi che il nuovo articolo 128 ter riconosce alla Banca d'Italia qualora, nel corso dei controlli sul rispetto delle norme in tema di trasparenza e di correttezza stabile dal Titolo VI del Tub, emergano (anche solo) delle "irregolarità". L'articolo indicato, introdotto dal già citato dall'art. 4, comma 3, D.Lgs. n. 141/2010, in particolare stabilisce che *"Qualora nell'esercizio dei controlli previsti dall'articolo 128 emergano irregolarità, la Banca d'Italia può: a) inibire ai soggetti che prestano le operazioni e i servizi disciplinati dal presente titolo la continuazione dell'attività, anche di singole aree o sedi secondarie, e ordinare la restituzione delle somme indebitamente percepite e altri comportamenti conseguenti; b) inibire specifiche forme di offerta, promozione o conclusione di contratti disciplinati dal presente titolo; c) disporre in via provvisoria la sospensione, per un periodo non superiore a novanta giorni, delle attività di cui alle lettere a) e b), laddove sussista particolare urgenza; d) pubblicare i provvedimenti di cui al presente articolo nel Bollettino di cui all'articolo 8, comma 1, e disporre altre forme di pubblicazione, eventualmente a cura e spese dell'intermediario"*.

¹⁶⁶ Si veda PELLEGRINI, M., *Le controversie in materia bancaria e finanziaria. Profili definitivi*, Cedam, Padova, 2007, 316, che fa notare che *"A fronte della "vessatori età" di alcuni contratti di massa posti in essere nei confronti dei consumatori- contratti nei quali gli interessi di questi ultimi sono considerati marginali, sicché la loro equiparazione negoziale alle banche appare del tutto fittizia – il need of protection, ai medesimi riconosciuto, si traduce in un richiamo alla particolare forma di diligenza (professionale) cui gli intermediari sono tenuti, nonché alla mancata osservanza delle regole della disciplina speciale che sottopone a significativi controlli pubblici i soggetti appartenenti al settore finanziario"*.

interna ed esterna, degli intermediari), così permettendo la creazione di un rapporto di fiducia tra clienti e intermediari che, in definitiva, costituisce un aspetto indispensabile per la stabilità complessiva del sistema¹⁶⁷.

2. Il fondamento comune dell'ABF e della Camera

Come accennato, sia il sistema dell'ABF che quello della Camera presso la Consob trovano fondamento nella citata legge n. 262/2005, cosiddetta "legge sul risparmio".

Sebbene le previsioni sui due sistemi Adr siano contenute in disposizioni differenti, è innegabile che nel doppio intervento vi sia un matrice comune, da individuare – in una parola – nella necessità di dotare i settori nevralgici del risparmio di strumenti veloci e flessibili di risoluzione delle liti, onde evitare, come accennato, il "blocco" del sistema, determinato dalla massiva sfiducia del popolo dei risparmiatori/investitori.

La differenza che si rinviene, presumibilmente, risponde al diverso atteggiarsi dei rapporti contrattuali di investimento e bancari, da cui, in sostanza, deriva una diversa necessità di tutela in caso di lite.

Per i primi, invero, all'inadempimento del soggetto professionale agli obblighi sullo stesso gravanti (di informativa, correttezza e trasparenza) consegue generalmente una significativa perdita economica per l'investitore (i fondi investiti); di qui, dunque, le previsioni dell'articolo 27 della citata legge sul risparmio, che focalizzano principalmente – all'indomani dei *crack* Cirio e Parmalat – sulla istituzione di *"un sistema di indennizzo in favore degli*

¹⁶⁷ Le già citate disposizioni *"Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti"*, infatti, perseguono espressamente le seguenti finalità (espresse nella Premessa): *"La disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari persegue l'obiettivo, nel rispetto dell'autonomia negoziale, di rendere noti ai clienti gli elementi essenziali del rapporto contrattuale e le loro variazioni, favorendo in tal modo anche la concorrenza nei mercati bancario e finanziario. Il rispetto delle regole e dei principi di trasparenza e correttezza nei rapporti con la clientela attenua i rischi legali e di reputazione e concorre alla sana e prudente gestione dell'intermediario"*.

investitori” gravante su un apposito *Fondo di garanzia* e non, si noti, sulla controparte professionale (onde non rischiare – all’evidenza – che le già pregiudizievoli conseguenze dell’inadempimento accertato siano aggravate dalla materiale impossibilità di riscuotere somme da un soggetto ormai collassato)¹⁶⁸.

¹⁶⁸ In particolare, l’articolo 27 citato, rubricato *Procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori*, prevede, al comma 1, che “Il Governo è delegato ad adottare, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo per l’istituzione, in materia di servizi di investimento, di procedure di conciliazione e di arbitrato e di un sistema di indennizzo in favore degli investitori e dei risparmiatori, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, secondo i seguenti principi e criteri direttivi: a) previsione di procedure di conciliazione e di arbitrato da svolgere in contraddittorio, tenuto conto di quanto disposto dal decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, secondo criteri di efficienza, rapidità ed economicità, dinanzi alla CONSOB per la decisione di controversie insorte fra i risparmiatori o gli investitori, esclusi gli investitori professionali, e le banche o gli altri intermediari finanziari circa l’adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela; b) previsione dell’indennizzo in favore dei risparmiatori e degli investitori, esclusi gli investitori professionali, da parte delle banche o degli intermediari finanziari responsabili, nei casi in cui, mediante le procedure di cui alla lettera a), la CONSOB abbia accertato l’inadempimento degli obblighi ivi indicati, ferma restando l’applicazione delle sanzioni previste per la violazione dei medesimi obblighi, ove ne ricorrano i presupposti; c) salvaguardia dell’esercizio del diritto di azione dinanzi agli organi della giurisdizione ordinaria, anche per il risarcimento del danno in misura maggiore rispetto all’indennizzo riconosciuto ai sensi della lettera b); d) salvaguardia in ogni caso del diritto ad agire dinanzi agli organi della giurisdizione ordinaria per le azioni di cui all’articolo 3 della legge 30 luglio 1998, n. 281, e successive modificazioni; e) attribuzione alla CONSOB, sentita la Banca d’Italia, del potere di emanare disposizioni regolamentari per l’attuazione delle disposizioni di cui al presente comma”. Al secondo comma del medesimo articolo, inoltre, sono enunciati i criteri generali per l’istituzione del Fondo di garanzia, la cui gestione è sostanzialmente di competenza della Consob: “Il Governo è delegato ad adottare, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per l’istituzione di un fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, secondo i seguenti principi e criteri direttivi: a) destinazione del fondo all’indennizzo, nei limiti delle disponibilità del fondo medesimo, dei danni patrimoniali, causati dalla violazione, accertata con sentenza passata in giudicato, delle norme che disciplinano le attività di cui alla parte II del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, detratti l’ammontare dell’indennizzo di cui al comma 1 eventualmente erogato al soggetto danneggiato e gli importi dallo stesso comunque percepiti a titolo di risarcimento; b) previsione della surrogazione del fondo nei diritti dell’indennizzato, limitatamente all’ammontare dell’indennizzo erogato, e facoltà di rivalsa del fondo stesso nei riguardi della banca o dell’intermediario responsabile; c) legittimazione della CONSOB ad agire in giudizio, in rappresentanza del fondo, per la tutela dei diritti e l’esercizio della rivalsa ai sensi della lettera b), con la facoltà di farsi rappresentare in giudizio a norma dell’articolo 1, decimo comma, del decreto-legge 8 aprile 1974, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 giugno 1974, n. 216, e successive modificazioni, ovvero anche da propri funzionari; d) finanziamento del fondo esclusivamente con il versamento della metà degli importi delle sanzioni irrogate per la violazione delle norme di cui alla lettera a); e) attribuzione della gestione del fondo alla CONSOB; f) individuazione dei soggetti che possono fruire dell’indennizzo da parte del fondo, escludendo comunque gli investitori professionali, e determinazione della sua misura massima; g) attribuzione del potere di emanare disposizioni di attuazione alla CONSOB”.

Nei contratti bancari e finanziari, invece, la patologia contrattuale può atteggiarsi diversamente. Pur non escludendo, infatti, la ricorrenza di una perdita economica (si pensi, ad esempio, alle moltissime controversie sottoposte all'ABF in materia di carte di debito/credito o di interessi sui mutui), essa è generalmente di importo contenuto ed è comunque reclamabile verso una controparte ben identificata (la Banca), con la quale, nella normalità dei casi, il rapporto è ancora in esecuzione.

Da ciò deriva la necessità di una disciplina snella per la risoluzione delle liti (più che per la corresponsione di un indennizzo), affinché la problematica temporanea possa essere superata.

Conseguentemente, l'articolo 29 della predetta legge sul risparmio, rubricato – appunto – *Risoluzione delle controversie in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari*, ha introdotto il nuovo articolo 128 bis¹⁶⁹ del Testo Unico Bancario, nel quale dunque si ritrova il fondamento normativo del sistema dell'Arbitro Bancario Finanziario. In questa maniera dunque, con l'introduzione nel Tub di una norma dedicata alla risoluzione alternativa delle controversie, il Legislatore ha inteso fornire, come accennato, una tutela rafforzata dell'utente bancario, agevolandolo nell'accesso alla definizione delle liti¹⁷⁰.

¹⁶⁹ L'articolo citato, rubricato *Risoluzione delle controversie*, così recita: “1. I soggetti di cui all'articolo 115 aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela. 2. Con deliberazione del CICR, su proposta della Banca d'Italia, sono determinati i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela. 3. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non pregiudicano per il cliente il ricorso a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento. 3-bis. La Banca d'Italia, quando riceve un reclamo da parte della clientela dei soggetti di cui al comma 1, indica al reclamante la possibilità di adire i sistemi previsti dal presente articolo”.

¹⁷⁰ Diversamente, per l'utente investitore, si privilegia, come visto, il profilo della corresponsione di un indennizzo. Sotto il versante della risoluzione delle liti, sono invece degne di rilievo (stante l'esperienza tristemente maturata con i grandi fallimenti dei primi anni del 2000) le previsioni in materia di tutela collettive introdotte nel Testo Unico Finanza dall'art. 7 del decreto legislativo n. 164 del 17 settembre 2007 (recante) che richiamano le già descritte previsioni della legge sul risparmio. Nel nuovo Capo IV bis (*Tutela degli investitori*) del Titolo II della Parte II del TUF, infatti, sono inseriti l'articolo 32 bis (*Tutela degli interessi collettivi degli investitori*) secondo cui “Le associazioni dei consumatori inserite nell'elenco di cui all'articolo 137 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, sono legittimate ad agire per la tutela degli interessi collettivi degli investitori, connessi alla prestazione di servizi e attività di investimento e di servizi accessori e di

In particolare, infatti, l'articolo sopra citato prevede l'obbligatorietà, per tutti i soggetti ivi indicati (individuati in virtù di rinvio al precedente articolo 115 Tub), della adesione a sistemi di composizione stragiudiziale delle controversie.

Al riguardo è stato osservato che la norma in questione ha modificato sostanzialmente la prospettiva rispetto al passato, rendendo obbligatorio ciò che prima era su base volontaria, anche se condiviso dalla quasi totalità degli operatori del settore (il riferimento è al Conciliatore bancario)¹⁷¹.

Ciò sinteticamente premesso, va notato che entrambe le norme ricordate (l'articolo 27 della cosiddetta Legge sul risparmio per il sistema della Camera di conciliazione e arbitrato, nonché il successivo articolo 29 – poi trasfuso nell'articolo 128 bis del Tub – per ciò che concerne l'ABF) indicano quali siano i soggetti competenti a delineare la compiuta disciplina dei predetti nuovi sistemi di risoluzione alternativa delle controversie (rispettivamente, e in via principale) la Consob e la Banca d'Italia, ma, al contempo, circoscrivono la loro azione verso un modello Adr ben preciso, poiché già dettano alcune caratteristiche fondamentali dei sistemi da ideare.

Più precisamente, infatti, l'articolo 27 citato, nel delegare al Governo l'adozione degli opportuni provvedimenti per l'istituzione delle forme di conciliazione ed arbitrato da svolgersi dinanzi alla Consob per la tutela degli investitori, già indica che esse siano svolte *“in contraddittorio (...) secondo criteri di efficienza, rapidità ed economicità”*, attribuendone la potestà regolamentare alla medesima Commissione. Allo stesso modo, inoltre, sono fissati alcuni principi cardine, sia con riferimento alle predette procedure (salvezza della possibilità di adire la Magistratura per il maggior danno, salvezza delle azioni

gestione collettiva del risparmio, nelle forme previste dagli articoli 139 e 140 del predetto decreto legislativo” e l'articolo 32 ter (Risoluzione stragiudiziale di controversie), secondo cui “Ai fini della risoluzione stragiudiziale di controversie sorte fra investitori e soggetti abilitati e relative alla prestazione di servizi e di attività di investimento e di servizi accessori e di gestione collettiva del risparmio, trovano applicazione le procedure di conciliazione e arbitrato definite ai sensi dell'articolo 27 della legge 28 dicembre 2005, n. 262. Fino all'istituzione di tali procedure, si applica l'articolo 141 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206”.

¹⁷¹ Così MAIMERI, F., *sub* Art. 128 bis Risoluzione delle controversie, in *Commentario al Testo unico bancario*, in Belli, F. – Losappio, G. – Porzio, M., Rispoli Farina, M. Santoro, V., (a cura di), Milano, 2010, 1144.

collettive dinanzi alla medesima), sia con riferimento al sopra accennato Fondo di garanzia (destinazione del medesimo al ristoro dei danni “patrimoniali” subiti dagli investitori / risparmiatori, al netto degli indennizzi eventualmente già corrisposti dai soggetti responsabili, surrogazione del Fondo nei diritti dell’interessato e legittimazione della Consob ad agire in rivalsa).

Anche l’articolo 29 della legge sul risparmio, che riporta il testo del nuovo articolo 128 *bis* Tub, nel prevedere che i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie, nonché quelli di composizione dell’organo decidente, siano stabiliti con deliberazione del CICR su proposta della Banca d’Italia, indica comunque i principi di massima a cui tali criteri debbono attenersi.

In particolare, per quanto riguarda la composizione dell’organo decidente, si richiede che ne sia assicurata l’imparzialità e la rappresentatività dei soggetti interessati, mentre, per quanto riguarda le procedure, la norma impone il rispetto di criteri di rapidità, economicità della soluzione delle controversie ed effettività della tutela, così anch’essa allineandosi, in maniera pressoché totale, ai dettami europei sopra esaminati.

L’adeguamento ai principi enunciati a livello europeo, sotto il profilo della salvaguardia del diritto di accesso agli altri mezzi di tutela dell’ordinamento, si ritrova(va) anche nel successivo comma della norma, che comunque è specificamente riferito al diritto di scelta del cliente (originariamente inteso nella doppia accezione di libertà di scegliere la giustizia ordinaria e di libertà di scelta fra i vari metodi Adr) e non a quello dell’operatore professionale, che è per contro obbligato ad aderire a sistemi Adr, quale condizione di svolgimento della propria attività.

Oggi, tuttavia, con l’introduzione della ricordata cosiddetta mediazione obbligatoria in materia civile e commerciale, il diritto del cliente bancario o dell’investitore di scegliere il ricorso alla giustizia ordinaria è, come già visto,

condizionato al previo esperimento di un tentativo di soluzione bonaria della lite anche nello specifico settore bancario¹⁷².

In particolare, infatti, mentre – come si è detto – la normativa riferita alla Camera di conciliazione e arbitrato ancora non è stata coordinata con il decreto mediazione, il Tub è stato invece opportunamente “ritoccato”.

Il terzo comma dell’articolo 128 bis stabilisce, invero, che le disposizioni dei commi precedenti *“non pregiudicano per il cliente il ricorso a ogni altro mezzo di tutela previsto dall’ordinamento”*, fermo restando, tuttavia, ma questo è l’inciso più recente, *“quanto previsto dall’articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28”*, secondo cui, è opportuno ricordarlo, *“Chi intende esercitare in giudizio un’azione relativa ad una controversia in materia di (...) contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto (...) ovvero il procedimento istituito in attuazione dell’articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate”*¹⁷³.

Ne consegue che, in virtù del combinato disposto di queste previsioni, il sistema dell’ABF, da un lato, vede ridisegnato l’aspetto garantista originariamente delineato, secondo cui rimaneva sempre ferma per il cliente la possibilità di adire la giustizia ordinaria; dall’altro, da mero possibile strumento di risoluzione alternativa delle liti, ad appena un anno dalla sua creazione assurge a sistema centrale del settore, in quanto costituisce una delle due possibili strade (ma, in

¹⁷² Di qui, pertanto, potrebbero essere astrattamente riferibili anche al predetto settore bancario finanziario le numerose contestazioni (riassunte in questo lavoro in nota nel primo Capitolo, al paragrafo dedicato alla Direttiva comunitaria e alla mediazione, nella quale si è dato conto dei ragionamenti svolti nell’ordinanza del Tar del Lazio che ha rimesso la questione alla Corte Costituzionale). Va comunque rilevato che gran parte delle contestazioni riferite alle procedure di mediazione disciplinate dal decreto mediazione (vale a dire, in particolare, le contestazioni concernenti, in una parola, la scarsa competenza richiesta agli organismi di mediazione) rispetto all’ABF potrebbero essere inconferenti, stante la specializzazione richiesta ai componenti dei Collegi.

¹⁷³ Articolo 5, comma 1, decreto legislativo n. 28/2010.

realtà, l'unica specialistica) affinché si realizzi la condizione di procedibilità all'azione giudiziaria nel settore bancario¹⁷⁴.

Ciò premesso, si ricorda che per quanto riguarda la Camera di conciliazione e arbitrato, il Governo ha dato seguito alla delega come sopra ricevuta con il già citato decreto legislativo n. 179/2007, recante, appunto, *“Istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato, sistema di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori in attuazione dell'articolo 27, commi 1 e 2, della legge 28 dicembre 2005, n. 262”*.

In virtù dei poteri conferiteli dal predetto decreto¹⁷⁵ (e, ancor prima, dalla legge sul risparmio), la Consob ha poi emanato la delibera n. 16763 del 29 dicembre 2008, di adozione del *“Regolamento di attuazione del decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, concernente la Camera di conciliazione e di arbitrato presso la Consob e le relative procedure”*¹⁷⁶, che dunque ormai costituisce la “base fondante” dell'operato della Camera.

Per quanto riguarda invece l'Arbitro Bancario Finanziario, il CICR ha dato seguito alle disposizioni di cui all'art. 128 bis sopra citato con la deliberazione del

¹⁷⁴ Si vedrà, peraltro, nel paragrafo dedicato alla effettività della tutela dinanzi all'ABF, che l'equiparazione tra la mediazione e l'Arbitro quali condizioni di procedibilità dell'azione giudiziaria è singolare, posto che il provvedimento emanato da quest'ultimo non ha efficacia vincolante tra le parti, contrariamente ai verbali di conciliazione sottoscritti all'esito delle procedure di mediazione.

¹⁷⁵ In particolare, il decreto legislativo ha conferito alla Consob il potere regolamentare in ordine alle procedure, sentita la Banca d'Italia, relativamente a (articolo 2, comma 5, del decreto): *“a) l'organizzazione della Camera di conciliazione e arbitrato; b) le modalità di nomina dei componenti dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri, prevedendo anche forme di consultazione delle associazioni dei consumatori e degli utenti di cui all'articolo 137 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e delle categorie interessate, e perseguendo la presenza paritaria di donne e uomini; c) i requisiti di imparzialità, indipendenza, professionalità e onorabilità dei componenti dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri; d) la periodicità dell'aggiornamento dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri; e) le altre funzioni attribuite alla Camera di conciliazione e arbitrato; f) le norme per i procedimenti di conciliazione e di arbitrato”*. La Consob, inoltre, sempre in base al decreto (articoli 3 e 8) sentita la Banca d'Italia, con regolamento determina i criteri in base ai quali viene stabilito l'indennizzo, fissandone anche la misura massima, prevedendo che da esso siano detratte tutte le somme percepite per la medesima violazione dal soggetto danneggiato a titolo di risarcimento del danno ovvero l'indennizzo di cui all'articolo; essa inoltre disciplina le modalità e le condizioni di accesso al Fondo ed emana le ulteriori disposizioni per l'attuazione dello stesso.

¹⁷⁶ La delibera e l'annesso regolamento sono stati pubblicati nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana n. 5 dell'8 gennaio 2009.

29 luglio 2008, n. 275, nella quale ha effettivamente stabilito, come demandato dall'articolo 128 *bis* del Tub, i criteri (più generali) di svolgimento delle procedure e di composizione dell'organo decidente, nel rispetto di quei già ricordati principi europei di imparzialità e rappresentatività, con riferimento ai componenti dell'organo decidente, e di rapidità, economicità ed effettività della tutela per ciò che concerne la procedura.

Alla delibera ha fatto seguito la disciplina adottata dalla Banca d'Italia con il già citato provvedimento del 18 giugno 2009, recentemente modificato all'esito della consultazione pubblica avviata dalla medesima Autorità a luglio 2011 e conclusa a dicembre dello stesso anno.

In sintesi, può affermarsi che le due discipline (quella del Cicer e quella della Banca d'Italia) sostanzialmente coincidono; pertanto, nel corso del presente lavoro i riferimenti saranno diretti al provvedimento della Banca d'Italia, che, da ultimo, ha disciplinato la materia, nonché alle recentissime modifiche ad esso apportate¹⁷⁷.

3. La notorietà e la diffusione dei sistemi dell'ABF e della Camera

Si è spiegato che un primo indice della validità di un mezzo di composizione delle liti come effettiva alternativa alla giustizia ordinaria risiede nella sua notorietà tra i potenziali utenti del servizio, nonché nella sua (conseguente) diffusione.

Sul punto, va allora segnalato che per ciò che concerne la Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob, allo stato, le disposizioni che ne prevedono la notorietà verso la compagine dei potenziali interessati sono piuttosto

¹⁷⁷ Ciò che però rileva, nell'ambito del provvedimento del Comitato, sono gli obiettivi enunciati, in particolare nella parte dei "considerata" iniziali, ove si può leggere che, da un lato, il Cicer considera che l'obbligatorietà dell'adesione da parte degli operatori ai sistemi di ADR può costituire un utile strumento per migliorare i rapporti con la clientela e la fiducia del pubblico nei prestatori di servizi bancari e finanziari, con un ulteriore effetto positivo anche su un piano del contenimento dei rischi legali e reputazionali delle banche e degli intermediari finanziari.

contenute (tant'è che, come accennato, l'attività della Camera, perlomeno per ciò che concerne la procedura di Arbitrato che qui interessa, non procede a pieno ritmo).

In pratica, la principale disposizione che si occupa della conoscibilità dell'esistenza del sistema ADR della Camera da parte degli investitori è quella contenuta nell'articolo 37 (Contratti) del Regolamento sugli intermediari adottato dalla Consob in attuazione del Tuf¹⁷⁸, secondo cui, infatti, il contratto stipulato tra l'intermediario e l'investitore deve indicare, tra le altre informazioni, *“le eventuali procedure di conciliazione e arbitrato per la risoluzione stragiudiziale di controversie, definite ai sensi dell'articolo 32-ter del Testo Unico”* (si tratta, appunto, della già citata norma del Tuf che richiama le procedure originariamente previste dalla cosiddetta Legge sul risparmio).

Vi sono poi altre disposizioni finalizzate a diffondere la cultura del sistema ADR della Camera nel settore di riferimento, che si ritrovano, in particolare, nel già citato Regolamento di attuazione della Camera, di cui alla delibera Consob n. 16763/2008.

Più specificamente, infatti, al comma 5 dell'articolo 3 del predetto Regolamento, è stabilito che *“La Camera presenta alla Consob, entro il mese di febbraio, una relazione sull'attività svolta nell'anno precedente”*. In questa maniera, dunque, all'evidenza, si intende permettere alla Commissione di divulgare a sua volta le informazioni sull'operato del sistema ADR, per esempio per il tramite della propria Relazione annuale¹⁷⁹.

Sulla stessa linea, inoltre, l'articolo 4 del Regolamento, che disciplina le *“Funzioni della Camera”*, al comma 1, lettera d) dispone che la medesima *“promuove i servizi di arbitrato e conciliazione e ne diffonde la conoscenza mediante attività di documentazione, elaborazione dati e studio, anche attraverso*

¹⁷⁸ Regolamento recante norme di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di intermediari (adottato con dalla Consob con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007 e successivamente modificato con delibere n. 16736 del 18 dicembre 2008 e n. 17581 del 3 dicembre 2010), disponibile sul sito www.consob.it

¹⁷⁹ Considerato, tuttavia, che la Camera ha iniziato la propria attività nel corso dell'anno 2011, nell'ultima Relazione annuale della Consob, pubblicata nello stesso 2011, non si ritrova alcuna informazione.

la predisposizione di azioni comuni con altre istituzioni ovvero con associazioni economiche e altri organismi pubblici o privati attivi nel settore dei servizi finanziari e delle procedure di conciliazione e arbitrato”.

Allo stato, comunque, non risulta che la Camera abbia dato seguito alla predetta attività di promozione, se non per alcuni incontri con le Associazioni di intermediari e la pubblicazione di una completa brochure informativa corredata anche da FAQ esplicative sul funzionamento del sistema, rinvenibili nel sito dedicato.

Per il resto, quindi, la notorietà della Camera è più in generale affidata a tale sito web dedicato, costantemente aggiornato, che ha assunto autonomia da quello della Consob a partire dal 1° dicembre 2010. In ogni caso, anche in quest’ultimo sito web vi è una (piccola) sezione dedicata alla Camera di conciliazione e arbitrato.

Per ciò che concerne l’Arbitro Bancario Finanziario, si rileva invece che vi sono numerose disposizioni, alcune più recenti, altre più datate, che hanno lo scopo di facilitare la conoscenza del mezzo per gli utenti e, correlativamente, la sua trasparenza.

Per quanto riguarda le disposizioni più recenti, occorre senz’altro ricordare quella appositamente inserita nell’articolo 128 *bis* del Tub, vale a dire proprio nella norma che, come spiegato, costituisce il fulcro normativo del sistema dell’Arbitro.

In particolare, infatti, nel nuovo ultimo comma (il 3 *bis*) dell’articolo citato, è ora¹⁸⁰ previsto che *“La Banca d’Italia, quando riceve un reclamo da parte della clientela dei soggetti di cui al comma 1 (cioè dei soggetti professionali che sono obbligati ad aderire ad un sistema di risoluzione alternativa delle controversie), indica al reclamante la possibilità di adire i sistemi previsti dal presente articolo”.*

L’introduzione di questa disposizione, che crea un obbligo informativo a carico della Banca d’Italia, in aggiunta a quello che tradizionalmente compete ai soggetti professionali, è certamente conseguenza della fondamentale importanza

¹⁸⁰ Anche in questo caso la novità normativa deriva dal già citato D. Lgs. N. 141/2010.

che ormai rivestono le forme ADR nell'ordinamento ed è dunque certa espressione della volontà del Legislatore di facilitare il più possibile l'accesso alle stesse, rendendole conosciute e conoscibili tra i soggetti potenzialmente interessati.

In questo senso, quindi, può affermarsi che il coinvolgimento – peraltro cogente – della Banca d'Italia nell'attività informativa è un ottimo strumento per realizzare lo scopo voluto e che esso, inoltre, determina anche ulteriori, non trascurabili, conseguenze¹⁸¹.

In particolare, per ciò che concerne l'idoneità dello strumento informativo delegato alla Banca d'Italia, non vi può essere dubbio che l'informazione sulla disponibilità dei metodi ADR del settore bancario e finanziario, così come prevista nella predetta norma, può essere veicolata in maniera molto più puntuale ed "attraente", per il lettore, dall'Autorità preposta piuttosto che dal soggetto professionale coinvolto.

Basti notare, al riguardo, la formulazione della nuova disposizione (*La Banca d'Italia, quando riceve un reclamo ... indica ..*) che presuppone che l'utente si sia già attivato in maniera più che ordinaria, individuando non soltanto la controparte contro cui reclamare, ma anche l'Istituzione che nei confronti di tale controparte spiega un'azione di vigilanza.

Pertanto, l'attenzione di quell'utente rispetto alla risposta che la Banca d'Italia, in virtù della nuova disposizione, deve inviargli personalmente, inserendovi l'indicazione relativa ai mezzi ADR a sua disposizione, sarà certamente più elevata dell'attenzione media che gli utenti normalmente dedicano alla lettura delle informazioni reperibili sui siti web o nelle clausole finali dei moduli contrattuali, tipicamente predisposti secondo lo schema di formulari con annesse

¹⁸¹ AULETTA, F., *Arbitro bancario finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"* in *Le Società*, 2011, 1, 83, fa notare che in questo punto si rivela la commistione tra la Banca d'Italia e l'ABF: "Combinando la dovuta indicazione per cui "la Banca d'Italia quando riceve un reclamo da parte della clientela, indica al reclamante la possibilità di adire i sistemi previsti dal presente articolo", col dovere di valutare gli "esiti" dell'eventuale ricorso (dovere che oggi non è più espressamente previsto ma è comunque insito nelle attività connesse alle procedure ABF, n.d.r.), appare chiaro come la pendenza del procedimento ai sensi dell'art. 128 bis indica sul normale svolgimento del procedimento di vigilanza, in senso specificativo – dilatorio".

complesse condizioni generali di contratto (dove pure, come si dirà, sono disponibili informazioni sull'Arbitro e il suo funzionamento).

A ciò si aggiunga – come conseguenza ulteriore di non poco conto – che, in questa maniera, tramite la descritta azione di “informazione educativa” degli utenti sui mezzi di tutela a loro disposizione, si potrebbe giungere, a regime, a deflazionare gli Uffici della Banca d'Italia dalla ricezione di tutta una serie di missive, spesso ricevute per mera conoscenza, che pur risultando sostanzialmente inutili ai fini della tutela specifica dei relativi mittenti¹⁸², obbligano comunque l'Autorità ad organizzarne la lavorazione (si pensi alle attività di protocollazione, smistamento, archiviazione, ecc..).

D'altro canto, in questo senso non è certamente casuale che nella pagina informativa del sito web dell'Autorità¹⁸³, relativa a questa attività, non soltanto è ribadito che *“Prima di inviare un esposto ricordi che ogni intermediario ha l'ufficio reclami”*, talvolta accessibile dal suo sito internet, e che l'inoltro di un esposto all'Autorità non risolve la vicenda contenziosa descritta dall'esponente (poiché *“la decisione spetta o all'Arbitro Bancario e Finanziario o all'autorità giudiziaria, a seconda dei casi”*), ma anche, testualmente, che *“L'attività di gestione degli esposti non costituisce un procedimento amministrativo ai sensi della legge 241/1990”*¹⁸⁴.

¹⁸² Si ricordi infatti che, anche qualora il reclamo inviato alla Banca d'Italia attenga alla violazione di norme non soltanto contrattuali ed implichi, conseguentemente, la possibilità dell'avvio di un procedimento sanzionatorio nei confronti dell'operatore professionale coinvolto, gli esiti di detto procedimento, anche laddove venga infine comminata una sanzione, non avranno comunque alcuna incidenza sulla singola contestazione in atto tra l'utente e l'operatore, che in ogni caso potrà essere risolta soltanto con i mezzi allo scopo previsti.

¹⁸³ <http://www.bancaditalia.it/vigilanza/relazioni-int-clienti/esposti>

¹⁸⁴ Così palesemente tentando di arginare il fenomeno delle denunce per omissione di atti di ufficio, che assilla tutte le Autorità pubbliche che devono gestire l'enorme mole di segnalazioni proveniente dall'utenza. Per un'idea complessiva della attività di gestione delle segnalazioni, può essere utile ricordare quanto riportato nell'ultima Relazione Annuale (riferita all'anno 2010) pubblicata dalla Banca d'Italia e reperibile sul sito web dell'Autorità: *“Nel corso del 2010 sono pervenuti alla Banca d'Italia oltre 5.700 esposti, la maggior parte dei quali riferiti alla gestione del credito (finanziamenti in conto corrente, mutui, credito al consumo; complessivamente pari al 45 per cento), ai servizi e agli strumenti di pagamento (bonifici, bancomat, carte di credito, assegni; complessivamente pari al 10 per cento) ... Al predetto numero di esposti devono esserne aggiunti circa 1.000, relativi a erronee segnalazioni presso la Centrale dei rischi. In conformità con le linee di gestione degli esposti adottate nell'anno 2007, la Banca d'Italia esamina le segnalazioni ricevute effettuando i necessari approfondimenti sui profili di vigilanza, invita*

Per ciò che concerne invece le norme meno recenti che hanno a loro volta il fine di rendere noto e diffuso il sistema dell'Abf, occorre innanzitutto ricordare le già citate disposizioni sulla *“Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”*, adottate, nell'ultima versione, dalla Banca d'Italia con la consultazione pubblica avviata nel mese di marzo 2009 e conclusa con il provvedimento del 29 luglio 2009, che oggi risulta parzialmente modificato a seguito del provvedimento del 9 febbraio 2011.

Tali Disposizioni si occupano in più punti di assicurare la puntuale conoscenza da parte degli utenti dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, anche con specifico riferimento all'Arbitro Bancario Finanziario.

Nella Sezione II, relativa alla *Pubblicità e informazione precontrattuale*, infatti, è stabilito, all'articolo 2, relativo ai *“Documenti concernenti i principali diritti del cliente”*, che gli intermediari mettono a disposizione¹⁸⁵ della clientela appositi documenti (Guide) concernenti, tra gli altri argomenti, *“l'accesso ai meccanismi di soluzione stragiudiziale delle controversie previsti ai sensi dell'articolo 128 bis del T.U. (Arbitro Bancario Finanziario)”*.

Ancora nella medesima Sezione, all'articolo 3, relativo ai *“Fogli informativi e Foglio comparativo dei mutui”* (che sono documenti datati e tempestivamente aggiornati, messi a disposizione dei clienti nei locali aperti al pubblico, contenenti informazioni sull'intermediario, sulle condizioni e sulle principali caratteristiche del dell'operazione o del servizio offerto), è stabilito che i Fogli informativi contengono almeno (tra le altre) le clausole relative ai *“mezzi di tutela stragiudiziale di cui la clientela può avvalersi”*.

l'intermediario a fornire chiarimenti e risponde al cliente, riportando anche – se del caso – informazioni di carattere normativo o tecnico. Quando ne ricorrano le condizioni, viene segnalata al cliente la possibilità di presentare ricorso all'ABF. La trattazione degli esposti contribuisce al complessivo processo di attivazione, ove necessario, di interventi di vigilanza” (Relazione, pagine 254-255).

¹⁸⁵ Benché non specificato nella medesima Sezione II, è interessante rilevare che dalla Sezione VI delle disposizioni sulla trasparenza, riferita ai Servizi di pagamento, e in particolare dal paragrafo 3.2., dedicato alle *“Modalità con cui le informazioni e i documenti sono forniti”* si può ricavare il significato della locuzione *“messi a disposizione”* riferita ai documenti, che sta ad indicare il caso in cui il cliente *“può portarne gratuitamente con sé una copia dopo averla richiesta o prelevata direttamente”* (in alternativa, si parla di documenti *“consegnati al cliente”*, allorché essi *“gli vengono dati o trasmessi di iniziativa dall'intermediario”*).

Un ulteriore riferimento alla necessaria azione informativa sulla disponibilità del sistema dell'ABF si rinviene poi nella Sezione VI, relativa ai Servizi di pagamento, ove è previsto che fra le informazioni da rendere ai clienti prima della conclusione del contratto vi sia anche quella sul *“diritto del cliente di presentare esposti alla Banca d'Italia e di promuovere ricorsi all'Arbitro bancario Finanziario”*¹⁸⁶.

L'informazione più rilevante per il cliente, tuttavia, è quella di cui l'intermediario deve farsi carico nella gestione del reclamo¹⁸⁷, ai sensi di quanto previsto dal paragrafo 3 della Sezione XI del provvedimento, secondo cui, se il reclamo è ritenuto infondato, la risposta deve contenere *“un'illustrazione chiara ed esauriente delle motivazioni del rigetto, nonché le necessarie indicazioni circa la possibilità di adire l'Arbitro Bancario Finanziario o altre forme di soluzione stragiudiziale delle controversie”*.

Si tratta della informativa più rilevante per un duplice ordine di motivi.

In primo luogo, infatti, si deve ricordare che in base alle disposizioni sul funzionamento dell'ABF emanate dalla Banca d'Italia, il ricorso all'Arbitro è possibile soltanto laddove sia stato negativamente esperita la fase di reclamo aziendale, che dunque assurge a condizione di proponibilità della relativa domanda¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Paragrafo 4.1.1, lettera g).

¹⁸⁷ Si ricorda che ai sensi del paragrafo 3 (*Definizioni*) della Sezione I del provvedimento (*Disposizioni di carattere generale*) il reclamo è *“ogni atto con cui un cliente chiaramente identificabile contesta in forma scritta (ad esempio lettera, fax, e-mail) all'intermediario un suo comportamento o un'omissione”*.

¹⁸⁸ La regola è contenuta nel paragrafo 1 (*Avvio del procedimento*) della Sezione VI (*Procedimento e decisione*) delle disposizioni sul funzionamento dell'ABF emanate dalla Banca d'Italia, secondo cui *“Il ricorso all'ABF è preceduto da un reclamo preventivo all'intermediario. Il cliente rimasto insoddisfatto o il cui reclamo non abbia avuto esito nel termine di 30 giorni dalla sua ricezione da parte dell'intermediario può presentare ricorso all'Arbitro Bancario Finanziario. Il ricorso all'ABF non può essere proposto qualora siano trascorsi più di 12 mesi dalla presentazione del reclamo all'intermediario, ferma restando la possibilità di presentare un nuovo reclamo dopo la scadenza di questo termine. Il ricorso deve avere ad oggetto la stessa questione esposta nel reclamo; il cliente può chiedere nel ricorso il risarcimento del danno anche quando tale richiesta non sia stata formulata nel reclamo, qualora il danno lamentato sia conseguenza immediata e diretta della medesima condotta dell'intermediario segnalata nel reclamo”*.

Le norme sull'accuratezza della gestione dei reclami diventano pertanto fondamentali nell'ottica di tutela del cliente, posto che – in difetto – si negherebbe la struttura complessa (reclamo - ABF) che invece si è voluta assegnare al sistema di risoluzione delle controversie nello specifico settore.

In questo senso, peraltro, è da leggere l'innovativa disposizione delle norme sul funzionamento dell'ABF emanate dalla Banca d'Italia, secondo cui nella valutazione dei reclami – da gestire con le modalità stabilite secondo le minuziose regole previste nelle disposizioni sulla trasparenza – è ora necessario che l'intermediario tenga conto degli orientamenti seguiti dall'Arbitro Bancario Finanziario, sui quali deve essere aggiornato¹⁸⁹, *“verificando se la questione sottoposta dal cliente rientri in fattispecie analoghe a quelle già decise dai collegi e considerando le soluzioni adottate in tali casi”*.

Tale norma, sebbene abbia un contenuto che – perlomeno per certi versi – potrebbe sembrare scontato (poiché è evidente che l'intermediario che nella trattazione dei reclami si discosti dagli orientamenti dell'ABF si espone ad un successivo giudizio negativo dello stesso)¹⁹⁰ è in realtà fondamentale per il solo fatto di essere prevista, così conformando l'azione degli intermediari nella fase

¹⁸⁹ A tale obbligo di aggiornamento è collegata la previsione di cui alla Sezione IV, sui compiti della Segreteria tecnica, paragrafo 2, secondo cui una struttura centrale di coordinamento presso l'Amministrazione centrale della Banca d'Italia cura il buon funzionamento del sistema e, in particolare provvede (tra le altre attività) *“alla gestione e alla pubblicazione sul sito internet dell'ABF di un archivio elettronico delle decisioni dei collegi che ha la funzione di facilitare la consultazione e la diffusione degli orientamenti seguiti dall'organo decidente sui compiti della Segreteria tecnica”*.

¹⁹⁰ Al riguardo è opportuno rilevare che nel corso della consultazione pubblica l'Associazione di consumatori Adiconsum aveva chiesto di prevedere un obbligo ancor più penetrante a carico degli intermediari di recepire i pronunciamenti consolidati dell'ABF, proponendo al contempo la creazione di *“una commissione di lavoro, con la presenza delle rappresentanze della clientela che, almeno una volta l'anno, discuta dei pronunciamenti dell'Arbitro per un loro recepimento nei rapporti tra banca e cliente”* (pag. 2 delle osservazioni Adiconsum). La Banca d'Italia ha tuttavia respinto la proposta, spiegando che *“Il rispetto degli orientamenti dell'ABF rientra fra i principi generali di correttezza cui sono tenuti gli intermediari nella loro attività”* e ricordando che *“La Banca d'Italia ha sollecitato, anche di recente, il sistema a tener conto degli orientamenti dell'Arbitro attraverso la pubblicazione di un comunicato (disponibile sul sito dell'ABF) contenente una rassegna dei più significativi principi e raccomandazioni contenuti nelle decisioni dell'Arbitro nel corso del primo anno della sua attività”* Banca d'Italia, *Resoconto sulla consultazione*, pag. 15.

patologica del rapporto con la clientela ed implementando l'efficienza della trattazione dei reclami¹⁹¹.

In secondo luogo, è di tutta evidenza che l'informativa sulla disponibilità dell'ABF nella fase di rigetto dei reclami è quella che meglio spiega il suo effetto divulgativo/educativo, poiché è resa nel momento esatto in cui l'utente ha, concretamente, la necessità di risolvere il problema insorto.

Si ricorda, infine, che le citate disposizioni sulla trasparenza e correttezza, complete, come visto, sotto il profilo dei vari obblighi informativi in capo agli operatori professionali affinché sia assicurata la conoscenza del sistema Adr dello specifico settore, sono *tout court* richiamate – in origine, verosimilmente, con riferimento alla loro precedente formulazione, risalente all'anno 2003 – nel già citato provvedimento della medesima Banca d'Italia del 18 giugno 2009 che disciplina in maniera esaustiva il sistema dell'Arbitro Bancario Finanziario e che è di recente uscito dalla fase di rivisitazione.

Si legge infatti, nella Sezione VII di quest'ultimo provvedimento (originariamente denominata *Disposizioni transitorie e finali* e divenuta, dopo la consultazione pubblica, *Disposizioni finali*), nel Paragrafo 2 dedicato alla *Trasparenza* (e ora anche ai *Contratti*), che “*Gli intermediari forniscono alla clientela adeguata informativa in merito alle procedure di ricorso, richiamando nella documentazione di trasparenza (cfr. la “Disciplina di trasparenza dei servizi bancari e finanziari”) il diritto del cliente di adire l'ABF e riportando le informazioni necessarie per contattare il medesimo (indirizzi, numeri di telefono, sito internet)*”¹⁹².

¹⁹¹ In questo senso si veda QUADRI, E., *Trasparenza dei servizi bancari e tutela del consumatore*, in NGCC, 2011, Parte seconda, 2011, secondo cui “*L'attività di gestione dei reclami, così, non si presenta più, come in passato, quale spesso solo formale concessione alla clientela, ma assume i tratti di doverosa considerazione delle insoddisfazioni eventualmente derivanti dalla carente osservanza della normativa di “trasparenza”. E considerazione realmente adeguata, dato che il controllo di una simile attività risulta assicurato, da una parte, dall'esame di quel “rendiconto sull'attività di gestione dei reclami con i relativi dati”, alla cui predisposizione l'intermediario è tenuto periodicamente; dall'altra, dal possibile ricorso all'Arbitro Bancario Finanziario, con la relativa sanzione dei comportamenti illegittimi dell'intermediario stesso e le conseguenze che l'autorità di vigilanza può dedurne nell'esercizio delle proprie incisive attribuzioni*”.

¹⁹² Quest'ultima disposizione, peraltro, sostanzialmente coincide con quella – più stringata (“*Gli intermediari forniscono alla clientela adeguata informativa in merito alle procedure di ricorso*”) – di cui all'articolo 2, comma 7, della già citata deliberazione Cnr n. 275/2008, che, come si è detto,

Inoltre, il secondo capoverso del medesimo paragrafo ora aggiunge che *“Il diritto di ricorrere all’ABF non può formare oggetto di rinuncia da parte del cliente e deve essere espressamente previsto nel contratto in presenza di clausole compromissorie o concernenti il ricorso ad altri meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie”*.

L’informazione specifica sull’ABF, pertanto, si espande ora anche ai contratti. La norma citata è stata introdotta all’esito della consultazione pubblica e, peraltro, oltre ad agevolare la conoscenza del sistema da parte degli utenti, ha anche lo scopo di garantire l’irrinunciabilità del diritto di ricorrere all’ABF in presenza di clausole che rimandino contrattuali ad altre forme Adr¹⁹³.

Nell’ambito delle norme emanate dalla Banca d’Italia, inoltre, meritano menzione, sul tema della notorietà dell’azione dell’ABF, anche quelle inserite nel paragrafo 2 (*Struttura centrale di coordinamento e Relazione sull’attività*) della Sezione IV, che disciplina la Segreteria Tecnica dell’Arbitro.

in base all’articolo 128 bis del Tub, prevede i criteri generali di svolgimento delle procedure e di composizione dell’organo giudicante ed è il presupposto della regolamentazione successivamente emanata dalla Banca d’Italia.

¹⁹³ Sul punto si segnala che nel corso della consultazione la norma è stata oggetto di discussione, poiché alcuni partecipanti (Confindustria, Confcommercio, Confagricoltura e Confartigianato, Osservazioni, pag. 4) hanno chiesto di chiarire se in presenza di clausole rinvianti ad altre forme ADR potesse considerarsi improponibile il ricorso all’ABF. Si legge infatti nel documento citato che pur essendo *“pienamente condivisibile l’obiettivo di chiarezza e trasparenza nei confronti del cliente circa l’esistenza del diritto di ricorso all’ABF ... la formulazione della norma (vale a dire di quella posta in consultazione, n.d.r.) risulta poco chiara dal punto di vista dell’esercizio di tale diritto in presenza di una clausola, sottoscritta dal cliente, che individui altro organismo/meccanismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie. In particolare, andrebbe chiarito se attraverso la scelta di un altro meccanismo/organismo, espressa dal cliente sottoscrittore del contratto che lo individua, si configuri il rispetto della condizione a cui la disciplina stessa subordina l’improponibilità del ricorso all’ABF – almeno in prima istanza – ovvero che il cliente aderisca ad altro meccanismo/organismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie”*. La Banca d’Italia, in risposta alle osservazioni ricevute (nel Resoconto della consultazione, pag. 20), ha innanzitutto definitivamente chiarito che *“La possibilità che una clausola contrattuale ad hoc possa condizionare la ricorribilità all’ABF avrebbe di fatto l’effetto di limitare o escludere il diritto irrinunciabile del cliente di optare per l’ABF in luogo di altri organismi di conciliazione”*. Ciò premesso, condividendo un’esigenza di chiarezza, la Banca d’Italia ha aggiunto che *“Il testo delle disposizioni è stato comunque modificato per chiarire che l’esigenza di trasparenza sul diritto del cliente di ricorrere all’ABF sussiste proprio nei casi in cui il contratto contiene clausole compromissorie o individua altri organismi stragiudiziali, in quanto al cliente deve essere chiaro che la presenza di tali clausole non gli impedisce comunque di optare per la via ABF”*. Entrambi i documenti citati sono consultabili sul sito web della Banca d’Italia, www.bancaditalia.it.

Le disposizioni citate, infatti, nell'indicare i compiti della Struttura centrale di coordinamento¹⁹⁴, prevedono che essa gestisca e pubblichi sul sito Internet dell'ABF un archivio elettronico delle decisioni dell'Arbitro stesso, che ha (testualmente) *“la funzione di facilitare la consultazione e la diffusione degli orientamenti seguiti dall'organo decidente”*.

La medesima Struttura, inoltre, cura la stesura della Relazione annuale sull'attività dell'Arbitro, che naturalmente costituisce un ulteriore strumento di divulgazione delle informazioni relative alla esistenza e disponibilità di questo mezzo di risoluzione delle controversie, nonché di misurazione riassuntiva della sua efficacia (in base alla quale può quindi stimolarsi la fiducia degli utenti nel sistema).

Tale Relazione, infatti, per espressa previsione normativa¹⁹⁵, contiene, oltre alle informazioni generali sull'attività dell'ABF, anche *“informazioni di carattere statistico sulle procedure che hanno interessato nel corso dell'anno ciascun intermediario, ivi compreso il numero delle eventuali inadempienze e quello dei ricorsi nei quali è risultato soccombente rispetto al numero totale dei ricorsi decisi nei suoi confronti”*.

E' evidente, in altre parole, che l'inserimento di una norma specificamente dedicata a dare notizia della mole di procedure che riguardano un determinato operatore professionale nonché, soprattutto, degli esiti delle stesse persegue, tra le altre, anche la finalità di rendere edotti gli utenti di quel medesimo operatore, o di altri che abbiano comportamenti affini, della possibilità di ottenere giustizia.

Infine, ancora in tema di conoscibilità dell'azione dell'ABF, può notarsi che nell'ambito della consultazione pubblica avviata nel corso dell'estate dell'anno 2011, i compiti informativi e divulgativi di competenza della predetta Struttura centrale di coordinamento sono stati ulteriormente precisati, con

¹⁹⁴ La struttura centrale di coordinamento dell'ABF, in generale, cura il coordinamento delle Segreterie tecniche territoriali e il buon funzionamento del sistema, adempiendo ad una serie di compiti specifici dettagliati nelle disposizioni.

¹⁹⁵ Nel testo originale del provvedimento del 18 giugno 2009 la norma è collocata nel paragrafo 5 (*Pubblicità dell'inadempimento*) della Sezione IV (*Procedimento e Decisione*), mentre a seguito della consultazione pubblica risulterà inserita nel paragrafo 2 della Sezione IV, già citato nel testo.

l'inserimento del compito, in generale, di provvedere "*all'informativa al pubblico sulle attività svolte dall'ABF*" (compito che, peraltro, già da prima della precisazione, era svolto in maniera molto efficace tramite il sito web dell'Arbitro. E' ora però possibile, a seguito della consultazione pubblica, contattare direttamente la Struttura centrale di coordinamento per avere informazioni di carattere generale, il che certamente costituisce un miglioramento del sistema informativo, considerato che l'utente medio preferisce, di norma, acquisire informazioni direttamente e non via web).

Alla luce della disamina finora svolta, si ritiene di poter affermare che la necessità informativa/divulgativa sull'Arbitro bancario Finanziario è ben presidiata e ciò è assolutamente in linea, anche per l'atteggiarsi dei singoli canali informativi¹⁹⁶, con le prescrizioni della normativa comunitaria in materia di ADR, per le quali l'informativa è un pilastro della disciplina. Come si è visto, invero, vi sono svariate disposizioni che – stabilendo modalità differenti – impongono di sollecitare l'attenzione del potenziale utente dell'ABF, rendendolo edotto sul mezzo a sua disposizione.

Si principia, invero, dai fogli informativi e dalle Guide che devono essere disponibili nelle filiali degli intermediari per poi passare alle clausole contrattuali sul diritto irrinunciabile a ricorrere all'ABF; inoltre si prosegue, venendo al momento patologico del rapporto, con l'informativa qualificata che perviene dalla Banca d'Italia in caso di segnalazione nonché con quella proveniente dall'intermediario che rigetti il reclamo (dopo averlo peraltro valutato alla luce degli orientamenti dell'ABF). A ciò si aggiunga, più in generale, l'attività divulgativa resa dalla struttura dell'ABF, anche per il tramite del sito web, che ha lo scopo di permettere la conoscenza non soltanto del mezzo in sé, bensì anche del suo orientamento.

¹⁹⁶ Si ricordi, infatti, che tutte le norme comunitarie sulle informazioni da rendere al pubblico non si limitano ad indicazioni generiche, bensì impongono di diffondere notizie specifiche anche sui risultati delle ADR, sul tasso di rispetto delle decisioni assunte, sulle tipologie di controversie e così via. Il che permette – è evidente – una scelta ponderata e consapevole per coloro che vogliano adire i relativi organismi.

L'esame dei dati di afflusso all'ABF, peraltro, conferma la bontà dell'apparato informativo.

All'esito del primo anno di attività, infatti, l'ABF ha pubblicato la sua prima Relazione, nella quale sono riportati (come previsto nelle norme sopra ricordate) i dati numerici delle controversie trattate nonché una serie di altre informazioni (tra le quali quelle concernenti gli intermediari che sono stati interessati dalle procedure ABF ed il numero di procedimenti in cui sono risultati soccombenti).

La Relazione, che si riferisce al periodo 15 ottobre 2009 – 31 dicembre 2010, indica che nel predetto arco temporale l'ABF ha ricevuto ben 3.409, con un trend crescente nel corso dell'anno, ed ha emanato ben 1.788 decisioni; si tratta di dati che testimoniano – si legge nella Relazione – *“l'apprezzamento del servizio da parte degli utenti”*¹⁹⁷.

E' infatti spiegato che circa il 75% dei ricorsi proviene dai consumatori e non dalle imprese, e si ipotizza che tale dato derivi dal limite di valore fissato alla competenza dell'ABF (100.000 euro) ovvero dalla scarsa conoscenza del mezzo e del suo funzionamento da parte dei soggetti professionali¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Banca d'Italia, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, n. 1 – 2010, pag 27.

¹⁹⁸ In appendice alla Relazione è inserito, per tabelle, il dettaglio delle questioni sottoposte all'ABF, anche con riguardo alla tipologia di intermediari coinvolti e di questioni esaminate o alla provenienza dei ricorsi. Le tabelle sono riassunte nel corpo della Relazione come segue (pagine 27-28): *“A fronte dei 3.409 ricorsi presentati dall'avvio dell'operatività al 31 dicembre 2010 sono state adottate 1.788 decisioni. L'appendice statistica di questa Relazione fornisce le seguenti informazioni sui ricorsi pervenuti nel periodo considerato: – tavola 1: distribuzione per tipologia di intermediario (banca, società finanziaria, ecc.). I ricorsi hanno interessato in prevalenza le banche (80,2%); – tavola 2: distribuzione per tipologia di ricorrente (consumatore o impresa). Si osserva la forte predominanza dei ricorsi presentati da consumatori-persone fisiche (75,8%); la scarsa propensione delle imprese a ricorrere al sistema ABF potrebbe discendere dal limite di valore delle controversie sottoponibili (100.000 euro) e da una conoscenza dello strumento ancora limitata; – tavola 3: distribuzione dei ricorsi presentati da consumatori-persone fisiche per aree territoriali di competenza dei tre Collegi (Nord, Centro, Sud in rapporto alla popolazione residente). La quota di ricorsi presentati da consumatori domiciliati nel Sud del Paese è decisamente inferiore rispetto alle altre aree. Per ciascuna area territoriale nella tavola 3 è anche riportato il rapporto tra numero dei ricorsi presentati dai consumatori-persone fisiche e la popolazione dell'area (abitanti di età compresa fra i 15 e i 64 anni) e il numero di ricorsi presentati da consumatori per milione di abitanti (vedi anche figura 1); tavola 4: distribuzione per oggetto del ricorso, corrispondente alla tipologia di contratto o servizio cui attiene la controversia. I ricorsi su conti correnti e mutui sono i più frequenti (rispettivamente il 21,6% e il 16% del totale); sono significative anche le quote dei ricorsi in materia di strumenti e servizi di pagamento (complessivamente il 21,2%) e di segnalazioni alla Centrale di allarme interbancaria e ai Sistemi di informazione creditizia (complessivamente l'8,8%)”*.

Ad ogni modo, nella Relazione è evidenziato che *“l’attività dell’ABF ha conseguito un effetto di tutela delle ragioni della clientela: le “domande di giustizia” fondate sono state accolte e hanno trovato soddisfazione o per l’intervento di una decisione o, ancora prima, per il riconoscimento spontaneo da parte dell’intermediario della pretesa del cliente”*¹⁹⁹.

Ed invero, su quest’ultimo punto, si evince dai dati riportati che in larghissima parte i ricorsi sono definiti transattivamente tra le parti prima di essere decisi dall’Arbitro e ciò naturalmente costituisce un ulteriore profilo di soddisfazione per l’utente del servizio²⁰⁰.

In ogni caso, si sottolinea nella Relazione, anche i ricorsi respinti nel merito *“hanno reso più chiare le “regole del gioco” e hanno quindi contribuito, seppure in modo diverso, al ripristino della relazione di fiducia tra clienti e intermediari”*.

4. Imparzialità, indipendenza e specializzazione dell’ABF e della Camera

Si è detto che tra gli indicatori di qualità di un servizio ADR, sotto il profilo della sua effettiva alternatività rispetto alla giustizia ordinaria, rientrano le garanzie di autonomia tipiche della Magistratura, di cui l’utente del servizio

¹⁹⁹ Banca d’Italia, *Relazione sull’attività dell’Arbitro Bancario Finanziario*, n. 1 – 2010, pag. 29.

²⁰⁰ Nella Relazione, in particolare, si legge che *“Per quanto concerne gli esiti complessivi delle procedure, nel 61% dei casi esse hanno avuto un esito favorevole per la clientela (...). La percentuale comprende un buon numero di procedure – il 34% – che si sono concluse con decisioni di accoglimento, in tutto o in parte, delle ragioni del cliente-ricorrente. Comprende, inoltre, una significativa quota – il 27% – di casi di “cessazione della materia del contendere” (“cessati”), ossia ricorsi non giunti a decisione nel merito perché, nel frattempo, cliente e intermediario hanno concordato una soluzione della questione sottoposta che ha comportato il soddisfacimento delle richieste del cliente. Tale ultima circostanza è positiva perché dimostra la capacità del sistema ABF di promuovere comportamenti cooperativi degli intermediari anche prima che il ricorso giunga a decisione”* (pag. 28).

giurisdizionale si gioverebbe qualora decidesse di risolvere la lite secondo le vie tradizionali.

Per comprendere, dunque, se un servizio Adr – e in particolare, per quello che qui rileva, se l'ABF e gli Arbitri della Camera – soddisfa tali garanzie, bisogna allora avere riguardo ai criteri che disciplinano la costituzione dell'organo chiamato a pronunciarsi sulla controversia, assicurandone l'imparzialità e l'indipendenza, che costituiscono peraltro requisiti, che, come visto, sono richiesti per ogni tipologia di Adr anche a livello europeo, ma che certamente, per i sistemi Adr decisori, quali sono quelli qui in esame, sono assolutamente imprescindibili.

Una volta verificato, tramite l'esame della disciplina e il concreto atteggiarsi del sistema, che l'organismo è effettivamente *terzo*, rispetto alle parti in causa e all'oggetto della controversia, si potrà dunque concludere, sotto questo profilo, per la sua effettiva alternatività rispetto alla giustizia ordinaria.

Si deve comunque ricordare, in via preliminare, che – in questa specifica sede – l'indagine sulle caratteristiche dell'organo decidente è svolta per comprendere se l'utente del servizio (vale a dire il cliente, che, si ricordi, è l'unica parte che può attivare la procedura) ha a disposizione un sistema alternativo di risoluzione delle controversie “di qualità”.

Pertanto, al momento, non rilevano più di tanto i dubbi, cui si è già fatto cenno, sulla commistione strutturale tra l'ABF e la Banca d'Italia e la Camera e la Consob; anzi, come si vedrà, dal punto di vista dell'interesse della clientela bancaria o degli investitori, tale configurazione è certamente garanzia di una più effettiva tutela.

L'esame della disciplina relativa alla costituzione dell'organo decidente, peraltro, permette di affrontare anche la questione relativa ad un diverso indicatore di qualità del servizio dell'ABF e della Camera, rivelatore – ove sussistente – non soltanto della sua validità quale mezzo alternativo rispetto al mezzo giurisdizionale, bensì quale mezzo finanche migliore, poiché contraddistinto, come già accennato, da un *quid pluris* apprezzabile dal punto di vista dell'utente del relativo servizio (da intendersi, questa volta, non soltanto come il “cliente”, ma anche come intermediario, che ha senza dubbio interesse a questo aspetto).

Ci si riferisce, in particolare, all'indicatore della *specializzazione* dell'organo giudicante, vale a dire alla possibilità che tale organo sia formato da soggetti che, oltre ad essere indipendenti ed imparziali, siano altresì dotati delle specifiche capacità tecnico-giuridiche per valutare la vicenda sottoposta al loro esame, che – lungi da essere una mera questione di diritto comune – rientra in un settore contraddistinto da alto tecnicismo e da continua evoluzione normativa, ove la normazione primaria e secondaria (quest'ultima peraltro di competenza di un'apposita Autorità di settore, che contribuisce all'assetto complessivo anche tramite i propri provvedimenti istruttori) si fondono per regolare la materia.

Sotto questo profilo, pertanto, si tratterà di valutare se i (numerosi) componenti dell'ABF e Arbitri della Camera rispondono ai requisiti di specializzazione sopra spiegati, che possono peraltro atteggiarsi – come si dirà – in forme differenti; in caso positivo, si potrà certamente affermare che il sistema dell'arbitrato, oltre ad essere effettivamente alternativo rispetto alla giustizia ordinaria (ove sussistano garanzie di imparzialità ed indipendenza dei componenti), assicura una tutela anche migliore, poiché (perlomeno potenzialmente) calibrata sulle specifiche esigenze del settore²⁰¹.

²⁰¹ Oltre al profilo della specializzazione dei componenti dell'organo decidente, di cui si dirà nel testo, sul punto della taratura dell'ABF rispetto alle specifiche esigenze del settore è interessante segnalare anche la previsione (certamente assolutamente originale nel suo genere) di cui alla sezione VI, paragrafo 3, delle norme sul funzionamento dell'ABF, secondo cui la decisione "può contenere indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti". Nella Relazione sul primo anno di attività dell'ABF, peraltro, si è dato conto dell'ampio utilizzo di tale inusuale potere, evidenziandone i benefici effetti in termini di miglioramento dei rapporti con la clientela, con riflessi sull'intero sistema: *"Nel primo anno di attività i Collegi si sono avvalsi di questa previsione interpretandola come possibilità di dare raccomandazioni agli intermediari in funzione di un miglioramento complessivo delle relazioni con la clientela, al di là dell'esito della singola controversia. La casistica delle pronunce con indicazioni all'intermediario è abbastanza variegata. Si tratta in genere di fattispecie in cui il Collegio non ha ritenuto fondata in tutto o in parte la pretesa del cliente in punto di diritto o l'ha accolta solo parzialmente per l'insufficienza degli elementi probatori addotti, ma ha comunque osservato un profilo di possibile miglioramento nel comportamento tenuto dall'intermediario, così come ricostruito sulla base dell'esame del ricorso. Un miglioramento dal punto di vista della correttezza sostanziale dei rapporti e del pieno rispetto del principio di buona fede, inteso come dovere di agire nel migliore interesse del cliente al di là degli obblighi e degli adempimenti formali previsti dalla legge o dal contratto. Le indicazioni si sostanziano in raccomandazioni affinché l'intermediario verifichi e migliori le proprie prassi operative, al fine di prevenire l'insorgere in futuro di conflitti o contestazioni analoghe a quella esaminata. A differenza di quanto statuito nelle decisioni, le indicazioni non richiedono un puntuale adempimento bensì l'avvio, da parte degli organi aziendali competenti, di una riflessione sulla possibilità di modificare le prassi operative in essere presso la rete aziendale e distributiva. Le indicazioni rivolte agli intermediari nel 2010 hanno riguardato numerose tematiche, tra cui, in particolare, quelle relative agli obblighi di trasparenza, di assistenza*

Ciò premesso in linea generale, per quanto riguarda le garanzie di autonomia dei componenti dell'ABF, rilevano le numerose disposizioni che prevedono, nel dettaglio, i criteri e le modalità di nomina dei detti componenti, contenute, da ultimo nel provvedimento della Banca d'Italia di recente modificato a seguito della consultazione pubblica.

Vale comunque segnalare che – sebbene sul punto possa ora farsi esclusivo riferimento alla predetta disciplina – già l'art. 128 bis del T.U., nonché, soprattutto, alla delibera CICR da esso prevista, contengono delle precise indicazioni sulla necessità di assicurare l'imparzialità dell'ABF, nonché – e questo può essere considerato un altro valore aggiunto rispetto alla giustizia ordinaria – alla “rappresentatività dei soggetti interessati”²⁰².

All'organo decidente, sotto ogni profilo (articolazione territoriale, nomina, funzionamento e così via) è dedicata la Sezione V delle disposizioni della Banca d'Italia, ove è stabilito che ciascun collegio²⁰³ dell'organo decidente è costituito da cinque membri, in modo da assicurare effettiva rappresentanza ai soggetti

informativa e di protezione che gravano sugli intermediari in caso di rifiuto di un finanziamento ovvero in relazione all'offerta di prodotti particolarmente complessi (ad es. mutui di tipo “modulare” e finanziamenti personali nella forma del credito revolving)”. Relazione, pag. 29.

²⁰² Così, in particolare, già l'articolo 128 bis T.U., che recita, al secondo comma: “Con deliberazione del CICR, su proposta della Banca d'Italia, sono determinati i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati. Le procedure devono in ogni caso assicurare la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela”. La delibera CICR n. 275/2008, poi, all'articolo 3, ha dettato in nuce la disciplina sulla composizione e sulle modalità di nomina dell'organo decidente, rinviando comunque alla successiva regolamentazione di competenza della Banca d'Italia, poi adottata con il provvedimento dell'Autorità del giugno 2009.

²⁰³ Si ricorda, al riguardo, che i collegi dell'ABF sono tre, uno con sede a Milano, uno con sede a Roma, uno con sede a Napoli – e sotto questo profilo l'articolazione territoriale può rilevare per ciò che concerne la facilità di accesso degli utenti alla procedura, per chiedersi se la disponibilità di tre collegi sul territorio nazionale possa agevolare o meno l'accesso all'ABF, in quanto effettivamente ciascun collegio copre un ambito territoriale piuttosto esteso. Si deve tuttavia sottolineare che la procedura può completamente essere svolta a distanza e, dunque, in realtà nulla osta al buon funzionamento sotto il profilo della tripartizione territoriale dell'intera Repubblica. Ciò premesso, si ricorda che il collegio di Milano decide sui ricorsi presentati dai clienti che hanno il proprio domicilio, dichiarato nel ricorso stesso, in Emilia Romagna, Friuli Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte, Trentino Alto Adige, Valle d'Aosta e Veneto; il collegio con sede a Roma è competente per i ricorsi dei clienti che hanno il domicilio oltre che in uno stato estero anche nelle regioni dell'Abruzzo, Lazio, Marche, Sardegna, Toscana e Umbria; infine, il collegio con sede a Napoli è competente per le regioni della Basilicata, Campania, Molise, Puglia e Sicilia.

portatori dei diversi interessi coinvolti²⁰⁴. In particolare, il presidente e due membri sono scelti dalla Banca d'Italia, un membro è designato dalle associazioni degli intermediari e un altro dalle associazioni rappresentative dei clienti.

Tutti i membri dell'ABF sono formalmente nominati con provvedimento della Banca d'Italia²⁰⁵; il Presidente resta in carica cinque anni, gli altri membri soltanto tre. In ogni caso, il mandato è rinnovabile una sola volta.

I requisiti per essere membri dell'ABF sono minuziosamente disciplinati nel paragrafo 3 della Sezione V e sono tutti esplicitamente finalizzati, da un lato, ad evitare la nomina di soggetti non adeguatamente competenti e, dall'altro, a garantire la dovuta serenità di giudizio, tramite un insieme di previsioni sulla necessaria terzietà dei membri del collegio.

Le complessive norme sulla composizione dell'ABF, pertanto, già nei primi paragrafi rivelano, per l'utente del servizio, una prima tutela ulteriore rispetto a quella della giustizia ordinaria, poiché tendono ad assicurare una adeguata specializzazione dell'organo.

Sotto questo profilo, in particolare, è previsto che i componenti dell'ABF (i quali, in linea generale, debbono possedere requisiti di esperienza, professionalità, integrità e indipendenza)²⁰⁶ devono essere scelti tra docenti

²⁰⁴ Si noti che, sul punto della articolazione territoriale descritta alla nota precedente, in realtà alcuni partecipanti alla consultazione avevano chiesto una maggiore accessibilità territoriale dell'Organo. In particolare Mondo Mediazione, Osservazioni, pag. 3, aveva chiesto che “(...) tutte le Filiali di Banca d'Italia dislocate sul territorio nazionale, possano essere eleggibili quali sedi dell'Arbitro Bancario Finanziario. Le tre attuali sedi dell'Arbitro Bancario e Finanziario, Milano, Roma e Napoli, assumerebbero la funzione di coordinamento dell'attività svolta dalle Filiali e di localizzazione delle Segreterie Tecniche”. La Banca d'Italia ha tuttavia rigettato l'osservazione, spiegando che “L'articolazione territoriale proposta (dal partecipante, n.d.r.) non è, allo stato, praticabile. L'esigenza di assicurare la maggiore vicinanza possibile dell'ABF ai clienti è, comunque, soddisfatta attraverso la possibilità di presentare il ricorso a qualsiasi Filiale della Banca d'Italia. Si rammenta, d'altro canto, che la procedura dinanzi ai collegi ha carattere documentale e non prevede un'audizione personale delle parti”. Banca d'Italia, *Resoconto sulla consultazione*, pag. 9.

²⁰⁵ Sul punto, AULETTA, F., *Arbitro bancario finanziario e “sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie”* in *Le Società*, 2011, 1, 83, secondo cui “...tutti sono nominati con provvedimento della Banca d'Italia, così peraltro dando soluzione a ogni ipotizzabile continuità con gli enti designanti e realizzando la equipollenza funzionale dei nominati”.

²⁰⁶ Per quanto riguarda i requisiti di onorabilità richiesti ai componenti dell'ABF, è escluso che possano divenire membri coloro i quali siano stati condannati per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa, dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari e di strumenti di pagamento, ovvero per i reati di riciclaggio e di usura;

universitari in discipline giuridiche o economiche, professionisti iscritti ad albi professionali nelle medesime materie con anzianità di iscrizione di almeno dodici anni, magistrati in quiescenza ovvero tra altri soggetti in possesso di una significativa e comprovata competenza in materia bancaria, finanziaria o di tutela dei consumatori.

Tale competenza – è spiegato in una nota – può derivare da esperienze nel settore finanziario (come esponenti aziendali, componenti gli organi delle procedure di crisi, dipendenti delle autorità di vigilanza, revisori contabili, consulenti) e da quelle maturate in generale nel campo dell'arbitrato o della conciliazione, nonché dall'attività di docenza e dalle pubblicazioni in discipline giuridiche ed economiche²⁰⁷.

Sul punto della indipendenza ed imparzialità, invece, le norme prevedono (oltre al fatto che chi ricopre cariche politiche non può essere membro dell'ABF) che non possono essere nominati neanche coloro che, nel biennio precedente, abbiano ricoperto cariche sociali o svolto attività di lavoro subordinato ovvero di lavoro autonomo avente carattere di collaborazione coordinata e continuativa presso gli intermediari o le loro associazioni o presso le associazioni dei consumatori o delle altre categorie di clienti.

Per quanto riguarda il componente designato dagli intermediari, è previsto che, per assicurare la rappresentatività della categoria, la Banca d'Italia proceda al riconoscimento degli organismi associativi che possono partecipare alla designazione, verificando che essi presentino requisiti di ampia diffusione territoriale e di adeguata rappresentatività degli intermediari.

Peraltro è anche previsto – e ciò, nell'ottica di specializzazione dell'organo, da intendersi come sua adeguata taratura per le controversie sottoposte al suo esame, è certamente uno dei valori aggiunti se paragonato alla

abbiano riportato condanne definitive per altri delitti non colposi o a pena detentiva, anche per contravvenzione; abbiano riportato condanne a pena detentiva, applicata su richiesta delle parti, non inferiore a sei mesi; siano incorsi nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici; siano stati sottoposti a misure di prevenzione o di sicurezza.

²⁰⁷ Sul punto si ricorda che l'elevata specializzazione, per quanto sia senza dubbio un valore, può dare adito a dubbi laddove si verifichi una "mescolanza" di ruoli tra l'Autorità di settore e l'Arbitro, come esattamente avviene nella gestione delle strutture operative.

Magistratura – che la Banca d'Italia possa consentire che un organismo associativo designi più componenti dell'ABF, “*che si alternino in funzione delle caratteristiche del ricorso*”; deve comunque trattarsi di casi eccezionali, “*ove sussistano comprovate esigenze di specializzazione e di rappresentatività dei componenti*”²⁰⁸.

Il membro “rappresentativo dei clienti”, invece, in caso di cliente consumatore è designato dal Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti (CNCU) e, per le altre categorie di clienti, è designato da associazioni di categoria che raccolgono, anche attraverso accordi con altre associazioni di categoria, un significativo numero di clienti distribuiti sull'intero territorio nazionale e che hanno svolto attività continuativa nei tre anni precedenti.

Sotto il profilo della indipendenza e della imparzialità dell'organo giudicante, infine, rilevano anche le disposizioni del Codice deontologico per i componenti dell'ABF²⁰⁹, che – disponendo in generale che i membri dell'ABF ispirano la propria condotta a dignità, lealtà e correttezza e che nello svolgimento delle funzioni rispettano i principi di indipendenza, imparzialità, discrezione e disinteresse personale – dedica la seconda parte ad una disciplina più dettagliata della indipendenza, imparzialità e correttezza dei medesimi membri.

In particolare, per ciò che concerne l'indipendenza, è previsto che i componenti dei collegi garantiscono e difendono l'indipendente svolgimento delle proprie funzioni e che nell'assunzione delle decisioni respingono eventuali

²⁰⁸ La doppia indicazione non deve peraltro minare l'economicità e l'efficienza della procedura (paragrafo 3). In nota al medesimo paragrafo è poi riportato il seguente esempio per illustrare l'applicazione pratica della previsione: “Così, in presenza di un unico organismo associativo riconosciuto, la Banca d'Italia può valutare la possibilità che questo designi due componenti per ciascun collegio, che si alternino in funzione della categoria di appartenenza del cliente che ha presentato il ricorso (consumatore o professionista/imprenditore)”.

²⁰⁹ Il Codice deontologico è stato predisposto dalla Banca d'Italia, secondo quanto previsto dal paragrafo 4 della Sezione III delle norme sul funzionamento dell'ABF (secondo cui, nell'attuale formulazione, “*Nel loro operato i membri del collegio si attengono al Regolamento per il funzionamento dell'Organo decidente dell'ABF e al codice deontologico predisposti dalla Banca d'Italia*”). Considerato che anche tali norme sono emanate dalla Banca d'Italia, si ritiene che il potere della Banca d'Italia di emanare il Codice deontologico trovi fondamento nell'art. 7 (*Disposizioni finali*) della delibera CICR n. 275/2008, secondo cui “*La Banca d'Italia emana le disposizioni applicative della presente delibera*”, adottata – si ricorda – in base a quanto previsto dall'articolo 128 bis T.U.B..

pressioni indebite ed evitano di creare o di fruire di situazioni di privilegio, ispirandosi a criteri di trasparenza²¹⁰.

Sotto il profilo della imparzialità, invece, l'attenzione è principalmente rivolta ai casi di possibili conflitti di interessi, stabilendo che i componenti dei collegi operano con imparzialità ed evitano trattamenti di favore e che, a tal fine, non intrattengono con soggetti coinvolti o interessati dall'attività svolta rapporti tali da poter compromettere la propria autonomia di giudizio o comunque tali da vulnerare la propria imparzialità.

I componenti del Collegio, infatti, secondo il Codice deontologico, debbono assicurare che nell'esercizio delle funzioni la propria immagine di imparzialità sia sempre pienamente garantita e devono altresì con massimo rigore la ricorrenza di situazioni di possibile conflitto di interessi, che potrebbe verificarsi – esemplificano le disposizioni – allorquando i componenti dei collegi abbiano un interesse privato o personale che possa influire o sembrare influire sulla loro imparzialità e obiettività nell'assolvimento dei compiti ad essi assegnati²¹¹.

Accanto a queste disposizioni – che già rivelano la volontà di garantire un giudizio effettivamente alternativo alla giustizia ordinaria, assicurando la terzietà, oltre che la competenza, di coloro che sono chiamati a dirimere le controversie – nell'ambito della disciplina dell'organo decidente dell'ABF devono essere evidenziate altre disposizioni, piuttosto uniche nel loro genere, le quali, esaminate nel loro complesso, permettono di affermare che la Banca d'Italia, nel disciplinare l'ABF, ha dedicato un'attenzione particolare alla esigenza di evitare eventuali fasi di “stallo” del sistema, al punto di prevedere già nelle norme dedicate all'Organo

²¹⁰ Conseguentemente, ai sensi del medesimo Codice, i membri “*non accettano incarichi né espletano attività in grado di compromettere il pieno e corretto svolgimento delle proprie funzioni ovvero che per la natura, la fonte o le modalità di conferimento possano comunque condizionarne l'indipendenza o comportare un danno all'immagine del collegio. Nel caso in cui una tale eventualità si verifichi nel corso del mandato, gli interessati ne danno immediata comunicazione al Presidente del collegio e alla Banca d'Italia*”.

²¹¹ A corollario di dette regole è infine previsto, nelle disposizioni relative alla condotta nello svolgimento delle funzioni, che “*In caso di conflitto di interessi rispetto alle parti o alle questioni oggetto della controversia , ciascun componente del collegio comunica l'esistenza del conflitto o dell'impedimento in tempo utile per la convocazione del relativo supplente*”. Codice deontologico, articolo 11, comma 5.

collegiale (e quindi non soltanto in quelle sul procedimento in senso stretto) l'eliminazione di tutti i possibili ostacoli al suo buon funzionamento.

La Banca d'Italia ha infatti espressamente dedicato delle norme alla nomina di membri supplenti dell'ABF, al cumulo di incarichi dei membri del Collegio, da valutare ai fini della loro nomina (poiché impeditivo di una piena disponibilità) nonché alla loro possibile decadenza anche in caso di reiterate assenze.

E' infatti innanzitutto previsto che con le stesse modalità sopra illustrate, sono nominati uno o più componenti supplenti, che sono chiamati a sostituire i corrispondenti membri effettivi in caso di assenza, impedimento o astensione di questi ultimi. A tale disposizione è peraltro aggiunto che *“al fine di assicurare la funzionalità dell'attività del collegio”*, la sostituzione può essere disposta anche *“in relazione al flusso di ricorsi e ai carichi di lavoro”*, così da divenire la possibile soluzione per evitare il congestionamento dell'Arbitro²¹².

In secondo luogo, rispetto alla nomina dei membri designati (o designabili) è espressamente stabilito che, *“in considerazione della necessità di garantire un impegno attivo e costante dei componenti dell'organo decidente”*, sono valutabili una serie di dati che sono palesemente indicativi della potenziale capacità del

²¹² Si noti che l'attuale formulazione della norma deriva dalla recente consultazione pubblica, nel proporre la quale la Banca d'Italia, sul punto, aveva infatti spiegato che *“La notevole mole dei ricorsi pervenuti fin dall'avvio del sistema stragiudiziale ha posto in evidenza come l'efficiente funzionamento di quest'ultimo non possa prescindere da un impiego esteso dei membri supplenti nominati per ciascun collegio, anche al di là delle situazioni di stretto impedimento o di astensione inizialmente ipotizzate. È apparso quindi opportuno integrare le Disposizioni per chiarire che la sostituzione può essere disposta anche in relazione al flusso di ricorsi e ai carichi di lavoro, per assicurare la funzionalità dell'attività del collegio”*. Banca d'Italia, *Relazione illustrativa*, pag. 4. L'introduzione della novità non è comunque stata scevra da osservazioni critiche: nel documento di Confindustria, Confcommercio, Confagricoltura e Confartigianato, p. 3, si suggeriva infatti di attendere che la composizione tramite supplenti *“in relazione al flusso di ricorsi e ai carichi di lavoro”* fosse richiesta dal rappresentante effettivo o dal primo supplente, in caso di nomina di più supplenti. Anche Adiconsum, poi, aveva chiesto di precisare i criteri di partecipazione dei supplenti alle riunioni, suggerendo la creazione di *“sub sezioni monotematiche”* del Collegio per l'utilizzo sistematico dei medesimi supplenti. In entrambi i casi la Banca d'Italia non ha condiviso le osservazioni, spiegando, nel primo caso, che l'alternanza fra i membri effettivi e supplenti è rimessa a fonti interne (e non dunque ai membri interessati) e, nel secondo caso, che *“La soluzione di prevedere sotto-sezioni dell'organo decidente appare incompatibile con le esigenze di funzionalità e celerità delle procedure ABF”*, facendo al contempo presente che *“è già attuale la prassi di fissare – ove possibile – riunioni specializzate del collegio su determinate materie, convocate secondo le regole ordinarie”*. Banca d'Italia, *Resoconto sulla consultazione*, pag. 9-10.

membro di svolgere l'incarico affidatogli nei tempi e con le modalità richieste (i dati valutabili, in particolare, sono: il numero e la gravosità di altri incarichi già ricoperti, l'età anagrafica del componente e la prossimità del luogo di residenza o domicilio con la sede del Collegio)²¹³.

Infine, nella stessa ottica di garanzia del buon funzionamento dell'ABF²¹⁴, si prevede che la Banca d'Italia - valutate le eventuali giustificazioni presentate dall'interessato - può dichiarare la decadenza dall'ufficio dei componenti che abbiano effettuato reiterate assenze ovvero revocare componenti per giusta causa (nei casi di giusta causa rientrano, ad esempio, le violazioni del codice deontologico o la perdita dei requisiti).

Un'altra significativa misura di tutela dell'utente del servizio dell'ABF, che rende detto mezzo non soltanto equiparabile, ma presumibilmente finanche più valido dei mezzi tradizionali di giustizia, è costituita dalla innovativa previsione di un Collegio di coordinamento che ha, in estrema sintesi, il compito di garantire un'uniformità degli indirizzi decisorii dell'ABF (il che, è innegabile, evoca, perlomeno a grandi linee, il ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione o dell'Adunanza plenaria nel processo amministrativo).

Si tratta di una previsione senz'altro opportuna, considerato che i soggetti potenzialmente interessati ad avvalersi dell'ABF devono poter confidare su decisioni eque e non discriminatorie, nel senso che situazioni uguali devono essere risolte in maniera uguale, a prescindere dal Collegio competente, anche in considerazione del fatto che i contratti del settore bancario e finanziario sono per

²¹³ Sezione III, paragrafo 2. A tale disposizione sono peraltro strettamente connesse le norme di cui agli articoli 4 e 5 del Codice deontologico per i componenti dell'organo decidente, rispettivamente rubricate *Dovere di operosità e Impiego delle risorse*, secondo cui (articolo 4) "*I componenti dei collegi svolgono le proprie funzioni con diligenza e prestano il proprio servizio con impegno attivo e costante, in modo da favorire la funzionalità e l'efficienza del Sistema stragiudiziale*" e (articolo 5) "*I componenti dei collegi si adoperano affinché i mezzi, le dotazioni e le risorse materiali siano impiegati in modo da perseguire l'efficienza del sistema stragiudiziale*".

²¹⁴ Nelle disposizioni sul funzionamento dell'ABF, sul punto, è infatti spiegato che "*Un impegno attivo e costante da parte dei componenti dell'organo è essenziale per assicurare la funzionalità e l'efficienza dell'ABF*" (Sezione III, paragrafo 2).

la maggior parte standardizzati, con la conseguenza che l'iniquità di decisioni contrastanti avrebbe effetti ancor più paradossali²¹⁵.

In questo senso, peraltro, la dottrina aveva già osservato che, in generale, per le forme Adr nel settore bancario finanziario, il limite più grande risiedeva nella scarsa chiarezza delle procedure, cui consegue “*il rischio di un uso inefficiente delle risorse ad esse destinate*”. Pertanto, meglio sarebbe stato chiamare le Autorità preposte alla individuazione di criteri uniformi, in modo da assicurare la funzionalità delle Adr, la specializzazione nonché la formazione di orientamenti significativi ed omogenei²¹⁶.

Con la consultazione pubblica, pertanto, la Banca d'Italia ha proposto l'istituzione del predetto Collegio, formato dai presidenti dei tre Collegi nei quali si articola l'organo decidente, nonché da un membro designato dalle associazioni degli intermediari e da un membro designato dalle associazioni rappresentative dei clienti appartenenti ai singoli Collegi²¹⁷.

Per quanto riguarda le modalità operative, si noti che per poter espletare la sua funzione “nomofilattica”, il Collegio di coordinamento deve essere adito dal Collegio competente per la trattazione del ricorso (ovvero dal suo Presidente, ancor prima di aver sottoposto il caso all'organo nel suo complesso)²¹⁸, che

²¹⁵ Si legge invero nella Relazione illustrativa della consultazione pubblica, pag. 5, che “*Per ridurre il rischio di incoerenze negli indirizzi interpretativi adottati dai tre collegi, viene prevista l'istituzione di un meccanismo procedurale che consente al collegio competente sul ricorso o al suo presidente di sottoporre questioni di particolare rilievo o suscettibili di generare orientamenti non uniformi al giudizio di un Collegio di coordinamento, costituito dai presidenti dei tre collegi, da un rappresentante degli intermediari e da uno dei clienti*”.

²¹⁶ In questi termini, PELLEGRINI, M., *Sistemi alternativi di composizione delle controversie bancarie*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, Vol. II, p. 882, Cedam, Padova, 2010.

²¹⁷ Sezione III, paragrafo 5. Per quanto riguarda le modalità di nomina al Collegio di coordinamento, è previsto che i membri designati dalle associazioni e i relativi supplenti siano annualmente estratti a sorte dalla Banca d'Italia nell'ambito dei componenti dei singoli Collegi e che l'elenco dei componenti il Collegio di coordinamento e dei relativi supplenti sia pubblicato sul sito web dell'ABF.

²¹⁸ Nel corso della consultazione pubblica, questa possibilità è stata oggetto di critiche, cercando di escludere (Confindustria, Confindustria, Confagricoltura e Confartigianato) o di limitare (partecipante che ha chiesto l'anonimato) la possibilità che sia il solo Presidente del Collegio interessato ad adire il Collegio di coordinamento. La Banca d'Italia ha tuttavia rigettato le osservazioni critiche, fornendo una spiegazione che ha anche il merito di illustrare chiaramente quale sia lo scopo del Collegio di coordinamento. L'Autorità ha infatti innanzitutto chiarito che

ritenga ricorrere questioni di particolare importanza o che rilevi che la questione sottoposta al suo esame abbia dato luogo o possa dare luogo a orientamenti non uniformi tra i singoli Collegi.

Una volta sollecitato, il Collegio di coordinamento svolge la propria attività secondo le norme di funzionamento ordinarie (salvo il fatto che può operare in videoconferenza) e definisce la controversia sottoposta al suo esame adottando una decisione che ha lo stesso effetto delle decisioni adottate dai singoli Collegi.

Benché nel corso della consultazione pubblica da ultimo svolta sul funzionamento dell'ABF vari partecipanti abbiano richiesto – senza esito – che il Collegio di coordinamento sia accessibile direttamente dalle parti interessate ad avvalersi del mezzo dell'ABF, non può dubitarsi che esso costituisca un oggettivo vantaggio per il buon funzionamento del sistema, contribuendo a realizzare quella giustizia sostanziale che per i motivi sopra descritti è – e deve essere – il fine ultimo delle forme alternative di risoluzione delle controversie, particolarmente quando esse hanno natura decisoria²¹⁹.

Ciò premesso per l'ABF, per quanto riguarda la Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob, invece, occorre in primo luogo evidenziare che l'indagine sulle garanzie di autonomia e indipendenza (nonché di specializzazione), che devono contraddistinguere l'organo che esercita la funzione giustiziale, sconta senza dubbio “la pena” che – allo stato – l'attività non è mai

“L'attribuzione al presidente della facoltà di rimettere il ricorso all'esame del Collegio di Coordinamento in via preliminare risponde a esigenze di snellezza e celerità della procedura”. Ciò premesso, la medesima ha aggiunto che: “Si ritiene, inoltre, opportuno mantenere tra i casi di rimessione al Collegio di Coordinamento – oltre all'esistenza di precedenti difformi – anche la particolare importanza della questione. La funzione del Collegio di Coordinamento non è infatti solo quella di eliminare ex post difformità tra decisioni, ma anche di ridurre il rischio ex ante che questi casi si verifichino”. Banca d'Italia, Resoconto sulla consultazione, pag. 10.

²¹⁹ In particolare, i partecipanti alla consultazione Conciliatore Bancario Finanziario, Abi e Consorzio per la tutela del credito avevano chiesto di prevedere che anche le parti potessero adire il Collegio di coordinamento. La Banca d'Italia ha tuttavia rigettato l'osservazione, precisando che *“Il Collegio di Coordinamento non è un organo autonomo al quale le parti possono rivolgersi direttamente, né un “secondo grado di giudizio”; si tratta invece di una soluzione organizzativa interna al sistema volta a garantire l'uniformità degli orientamenti”*. Banca d'Italia, Resoconto sulla consultazione, pag. 11.

iniziata. Pertanto, tali garanzie, ad oggi, sono soltanto previste nelle norme, ma non se ne è mai avuta un'applicazione pratica.

Ciò detto, occorre poi evidenziare che presso la Camera l'indipendenza e l'autonomia sono "dislocate" su due livelli.

La Camera, infatti, che, come già visto nel primo capitolo, è organo della Consob, ha una particolare modalità operativa: in pratica, la Camera della Consob si interfaccia con Arbitri esterni, ai quali di volta in volta affida gli arbitrati.

Conseguentemente, l'autonomia, l'indipendenza e la specializzazione devono essere garantite sia per i membri della Camera (che operano, come visto nella ricostruzione del Consiglio di Stato ricordata nel primo Capitolo) quali membri di un organo strumentale della Consob, distinto per non interferire sulla funzione di vigilanza²²⁰, sia per i singoli Arbitri che sono iscritti negli elenchi costantemente aggiornati dalla Camera.

Per quanto riguarda allora le garanzie rispetto ai membri della Camera, rilevano in particolare le norme del già citato Regolamento Consob n. 16763 del 29 dicembre 2008, che, in base a quanto previsto dal citato decreto legislativo n.

²²⁰ Un riferimento diretto alla necessità di separazione tra l'attività della Camera e quella della Consob è contenuto nell'articolo 4, comma 7, del decreto legislativo n. 179/2007, ma è, per vero, con esclusivo riferimento all'attività di conciliazione della Camera. E' infatti stabilito che "*Le dichiarazioni rese dalle parti nel procedimento di conciliazione non possono essere utilizzate nell'eventuale procedimento sanzionatorio nei confronti dell'intermediario avanti l'Autorità di vigilanza competente per l'irrogazione delle sanzioni amministrative previste per le medesime violazioni*". Nella disciplina della fase arbitrale, per contro, non vi è alcuna previsione del genere. Tuttavia, valgono per l'arbitro, naturalmente, i doveri di riservatezza stabiliti dall'articolo 5 del *Codice deontologico dei conciliatori e degli arbitri iscritti negli elenchi tenuti dalla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob* (adottato dalla Camera con la delibera n. 2 del 10 febbraio 2010 e approvato dalla Consob con la delibera n. 17205 del 4 marzo 2010), secondo cui "*Il conciliatore e l'arbitro sono tenuti al segreto sulle notizie acquisite per ragioni del loro ufficio o per le funzioni esercitate e non devono utilizzarle in maniera indebita, astenendosi da comportamenti che possano influire sullo svolgimento o sull'esito di altre controversie*". Come si vede, non vi è un riferimento espresso alla riservatezza rispetto alla funzione di vigilanza, tuttavia è anche vero che la norma è abbastanza ampia da coprire ogni motivo di riservatezza ed inoltre – perlomeno fino a quando l'attività non sarà internalizzata direttamente alla Camera Consob, invece che ad arbitri esterni (come ora si sta pensando di fare) – la commistione tra attività arbitrale ed attività di vigilanza è per vero molto debole. In ogni caso, allo stato, il Segreto d'ufficio è imposto anche ai membri della Camera, nonché alla Segreteria della stessa, ai sensi degli articoli 16 e 20 dello *Statuto della Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob*, adottato dalla Camera con delibera n. 3 del 18 febbraio 2010 e approvato dalla Consob con delibera n. 17204 del 4 marzo 2010.

179/2007²²¹, all'articolo 2, disciplinano la "Composizione della Camera", che, come quella dell'ABF, vede il coinvolgimento, oltre che della Consob, del Consiglio nazionale dei consumatori e utenti, nonché delle associazioni di categoria degli intermediari maggiormente rappresentative.

In particolare, infatti, è previsto che dei cinque membri della Camera, di cui uno è il Presidente, *"Due membri della Camera sono designati rispettivamente dal Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti e, congiuntamente, dalle associazioni di categoria degli intermediari maggiormente rappresentative"*.

Gli altri tre membri, per contro, compreso il presidente, sono designati dalla Consob e tutti, di norma, sono prescelti nell'ambito delle seguenti categorie (requisito della specializzazione): *"a) avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio avanti alle magistrature superiori; dottori commercialisti iscritti nella Sezione A) dell'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili da almeno dodici anni; b) notai con almeno sei anni di anzianità di servizio; magistrati ordinari, in servizio da almeno dodici anni o in quiescenza; magistrati amministrativi e contabili con almeno sei anni di anzianità di servizio o in quiescenza; c) professori universitari di ruolo in materie giuridiche ed economiche in servizio o in quiescenza; dirigenti dello Stato o di Autorità indipendenti con almeno venti anni di anzianità di servizio laureati in discipline giuridico/economiche, in servizio o in quiescenza"*.

Il precetto generale, dunque, è che i membri siano *"scelti tra persone dotate di specifica e comprovata esperienza e competenza e di riconosciuta indipendenza"*. A tali finalità è poi connessa la durata della carica, di sette anni, nonché il divieto di *"incarichi presso altri organismi di conciliazione e di arbitrato, istituiti da enti pubblici e privati e operanti in qualsiasi settore, né"*

²²¹ L'articolo 2 del predetto Decreto, infatti, al comma 5 stabilisce che *"La Consob definisce con regolamento, sentita la Banca d'Italia: a) l'organizzazione della Camera di conciliazione e arbitrato; b) le modalità di nomina dei componenti dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri, prevedendo anche forme di consultazione delle associazioni dei consumatori e degli utenti di cui all'articolo 137 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e delle categorie interessate, e perseguendo la presenza paritaria di donne e uomini; c) i requisiti di imparzialità, indipendenza, professionalità e onorabilità dei componenti dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri; d) la periodicità dell'aggiornamento dell'elenco dei conciliatori e degli arbitri; e) le altre funzioni attribuite alla Camera di conciliazione e arbitrato; f) le norme per i procedimenti di conciliazione e di arbitrato; g) le altre norme di attuazione del presente capo"*.

*esercitare attività di conciliazione o di arbitrato ovvero ogni altra attività che ne possa compromettere l'indipendenza e l'autonomia di giudizio*²²².

Anche rispetto alla operosità dei membri della Camera, poi, vi sono disposizioni finalizzate a garantire il buon funzionamento dell'Organo in generale – esattamente come visto per l'ABF – contenute nello Statuto della Camera stessa²²³.

Tuttavia, questa volta, considerato che l'attività arbitrale, perlomeno ad oggi, è affidata ad arbitri esterni, può ragionevolmente affermarsi che tali disposizioni incidono meno sulla qualità del servizio Adr in esame, restando per lo più di sfondo rispetto all'attività arbitrale vera e propria.

Per quanto concerne quest'ultima, in particolare, i requisiti di autonomia e indipendenza degli arbitri inseriti negli elenchi formati dalla Camera²²⁴ sono a loro volta previsti nel regolamento Consob.

In particolare, è previsto che le parti congiuntamente ovvero la Camera prescelgano gli arbitri (nel caso della Camera secondo criteri predeterminati nel

²²² Articolo 2, comma 1, del Regolamento Consob.

²²³ *Statuto della Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob* citato. Ci si riferisce, in particolare, alle disposizioni sulla periodicità delle riunioni della Camera (una volta a settimana, articolo 11 dello Statuto) e sulla decadenza per grave inadempimento degli obblighi d'ufficio (articolo 17).

²²⁴ Sul punto si ricorda, infatti, che la Camera ha il compito, tra gli altri, di formare gli elenchi degli arbitri che poi saranno chiamati a decidere le controversie. In tali elenchi, in particolare, ai sensi dell'articolo 6 del Regolamento, possono essere iscritti coloro che rientrano nelle stesse categorie professionali previste per i membri della Camera, sopra descritte nel testo, e che: *a)* non hanno riportato condanne definitive per delitti non colposi o a pena detentiva, anche per contravvenzione; *b)* non hanno riportato condanne a pena detentiva, applicate su richiesta delle parti, pari o superiore a sei mesi; *c)* non sono incorsi nella interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici; *d)* non sono stati sottoposti a misure di prevenzione o di sicurezza; *e)* non hanno riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento". E' inoltre previsto che "*La Camera a seguito della ricezione della domanda di iscrizione nell'elenco, corredata dei documenti attestanti il possesso dei requisiti richiesti, ne verifica la regolarità e delibera l'iscrizione*" e che "*Ogni sei mesi la Camera dispone l'aggiornamento dell'elenco, procedendo alle nuove iscrizioni e alla cancellazione di coloro che hanno perso i requisiti di cui al comma 1, ovvero di coloro che ne hanno fatto domanda*". Un primo accenno ai requisiti di indipendenza (tramite il richiamo al Codice deontologico di cui si dirà nel testo) può ricavarsi anche dalla disposizione che in questo articolo prevede che "*La cancellazione può altresì essere disposta nei casi di grave inadempimento degli obblighi stabiliti dal codice deontologico o, comunque, connessi alla funzione svolta*". Per ciò che concerne la tutela dell'arbitro, è stabilito, infine, che "*La cancellazione, se non segue alla domanda dell'arbitro, è pronunciata dalla Camera sentito l'interessato*".

Regolamento stesso)²²⁵ e che questi ultimi debbano accettare l'incarico con apposita dichiarazione sulla propria indipendenza ed imparzialità.

L'articolo 22, invero, nello stabilire che l'accettazione degli arbitri deve essere data per iscritto e depositata presso la Camera entro dieci giorni dalla comunicazione della nomina, prevede che *“Con la dichiarazione di accettazione gli arbitri attestano la permanenza dei requisiti per l'iscrizione nell'elenco e l'inesistenza di: a) rapporti con le parti e con i loro difensori tali da incidere sulla propria imparzialità e indipendenza; b) ogni personale interesse, diretto o indiretto, relativo all'oggetto della controversia”*²²⁶.

A tale norma generale fanno poi da corollario altre disposizioni finalizzate a garantire la terzietà del giudicante.

Ci si riferisce, in particolare, alle regole sulla ricsuzione e sostituzione degli arbitri, contenute nel successivo articolo 23 del Regolamento Consob²²⁷,

²²⁵ In particolare, all'articolo 20, commi 3, 4 e 5, secondo cui *“3. Quando non si è provveduto tempestivamente alla nomina di uno o più arbitri, vi provvede la Camera entro quindici giorni dalla scadenza del termine previsto dal comma 2 per il deposito dell'atto di nomina dell'arbitro unico o del terzo arbitro. 4. La Camera nomina gli arbitri, tenendo conto: a) del numero di controversie pendenti avanti all'arbitro; b) della esperienza maturata dall'arbitro sulle specifiche questioni oggetto della controversia; c) della tendenziale parità di trattamento tra uomini e donne; d) della equa distribuzione degli incarichi; e) della vicinanza del luogo di domicilio dell'arbitro alla sede dell'arbitrato, quando l'arbitrato non ha sede presso la Camera”*.

²²⁶ E' inoltre previsto che nel corso del procedimento arbitrale gli arbitri sono tenuti a comunicare tempestivamente alla Camera e alle parti eventuali circostanze sopravvenute idonee a incidere sulla propria indipendenza e imparzialità.

²²⁷ La norma in particolare stabilisce che *“Ciascuna parte può ricsuare l'arbitro in presenza delle condizioni enumerate nei primi due commi dell'articolo 815 del codice di procedura civile, presentando alla Camera istanza motivata entro il termine di dieci giorni dal momento in cui ha avuto conoscenza della dichiarazione di imparzialità rilasciata dall'arbitro (si noti che l'istanza di ricsuzione sospende la procedura, n.d.r.). La Camera decide sulla istanza nei quindici giorni successivi alla sua presentazione, sentito l'arbitro ricsuato e le parti e assunte, quando occorre, sommarie informazioni”* (e dunque in questo caso anche la Camera ha un significativo potere decisorio, di forte interesse per la risoluzione della lite). Per comodità di lettura, si riporta anche il testo dei primi due commi dell'articolo 815 (*Ricsuzione degli arbitri*) del Codice di procedura civile: *“Un arbitro può essere ricsuato: 1) se non ha le qualifiche espressamente convenute dalle parti; 2) se egli stesso, o un ente, associazione o società di cui sia amministratore, ha interesse nella causa; 3) se egli stesso o il coniuge è parente fino al quarto grado o è convivente o commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale di una delle parti, o di alcuno dei difensori; 4) se egli stesso o il coniuge ha causa pendente o grave inimicizia con una delle parti, con un suo rappresentante legale, o con alcuno dei suoi difensori; 5) se è legato ad una delle parti, a una società da questa controllata, al soggetto che la controlla, o a società sottoposta a comune controllo, da un rapporto di lavoro subordinato o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettono l'indipendenza; inoltre, se è tutore o curatore di una delle*

nonché, soprattutto, alle svariate regole del già citato Codice deontologico al cui rispetto gli arbitri sono tenuti (con vigilanza affidata alla Camera, ai sensi del Codice stesso), le quali sono espressamente indirizzate ad *“assicurare l’osservanza dei principi di indipendenza, imparzialità, correttezza, lealtà, professionalità, operosità, riservatezza, efficienza ed economicità nello svolgimento delle attività dei conciliatori e degli arbitri e concorrono alla tutela dei diritti delle parti dei relativi procedimenti”*.

Al riguardo rilevano, in particolare, le norme comportamentali indicate nell’articolo 2 del Codice deontologico, secondo cui, per assicurare la indipendenza e imparzialità nel corso della loro attività, gli arbitri devono rifiutare la nomina o lo svolgimento delle funzioni ogniqualvolta ritengano di poter subire condizionamenti al neutrale svolgimento dell’incarico, non devono accettare altri incarichi o attività che, per la natura, la fonte o le modalità di conferimento, possano in concreto condizionarne l’indipendenza, devono garantire e difendere l’indipendente esercizio delle loro funzioni da ogni tipo di pressione, diretta o indiretta e valutare senza pregiudizio i fatti della controversia, interpretando le norme da applicare con obiettività, ispirando il proprio comportamento a imparzialità ed evitando ogni possibile situazione di conflitto di interessi.

Nello stesso senso vanno anche le norme del successivo articolo 3, sui principi di *“Correttezza e lealtà”*²²⁸, mentre più specifiche per il buon andamento in generale della procedura arbitrale risultano, infine, le norme dell’articolo 4 sulla

parti; 6) se ha prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha deposto come testimone. Una parte non può ricusare l’arbitro che essa ha nominato o contribuito a nominare se non per motivi conosciuti dopo la nomina”.

²²⁸ La correttezza e la lealtà degli arbitri, più precisamente, comportano che gli stessi *“a) tengono con la Camera e con le parti un rapporto corretto e leale nonché rispetto della diversità dei ruoli svolti; b) non accettano compensi diversi da quelli previsti per l’incarico conferito e non si avvalgono del loro ruolo per ottenere benefici o privilegi; c) valutano con obiettività e rigore l’esistenza di situazioni di possibile astensione per motivi di opportunità; d) informano le parti dei contenuti del presente codice nel loro primo incontro; e) invitano i terzi incaricati di collaborare nel procedimento ad attenersi ai principi contenuti nel (presente) codice”*.

“Professionalità e operosità” degli arbitri²²⁹, nonché quelle dell’articolo 5 del Codice, in tema di “Efficienza ed economicità”²³⁰.

5. Regole, contraddittorio e costi davanti all’ABF e alla Camera

Un ulteriore elemento per la valutazione della bontà (qualità) di un sistema ADR per i potenziali utenti dello stesso, si è detto, concerne la sua “accessibilità” in generale, con particolare riferimento alle regole che presiedono allo svolgimento della procedura, alla possibilità che l’utente possa esperirla senza l’ausilio di una difesa tecnica, nonché ai costi della stessa.

Sul punto, per quanto riguarda l’ABF, non può che rilevarsi che l’intero procedimento è strutturato per far sì che l’utente interessato abbia la massima semplicità di accesso, già a partire dalla chiarezza delle disposizioni emanate da Bankitalia (come recentemente riformulate a seguito della consultazione pubblica di cui si è detto), per finire alle numerose pubblicazioni disponibili sul sito dell’ABF stesso, che possono accompagnare l’utente nella presentazione dell’istanza.

Si ricorda, in primo luogo, che l’accesso all’ABF è condizionato al previo esperimento della fase di reclamo aziendale, per la quale, peraltro, come già evidenziato, vigono ottime regole finalizzate a far sì che l’invio del reclamo non si

²²⁹ L’articolo 4, in particolare, stabilisce che “Il conciliatore e l’arbitro assolvono i compiti loro affidati con diligenza, sollecitudine e professionalità, riservando agli affari trattati l’attenzione e il tempo necessari, quali che siano la tipologia e il valore delle controversie” e che “Essi curano la formazione continua e l’aggiornamento nelle materie attinenti alle controversie trattate anche attraverso la partecipazione ai corsi all’uopo organizzati o accreditati dalla Camera”.

²³⁰ L’articolo 6 stabilisce che “Il conciliatore e l’arbitro conducono i procedimenti ispirandosi a criteri di efficienza ed economicità e procurano che le relative spese non eccedano quelle necessarie” e che “Il conciliatore e l’arbitro informano preventivamente le parti delle spese del procedimento eccedenti in misura significativa quelle inizialmente prevedibili”.

risolva in un mero, sterile, adempimento, bensì apra davvero una fase di dialogo ragionato e ragionevole fra le due parti del rapporto²³¹.

In ogni caso, il cliente rimasto insoddisfatto o il cui reclamo non abbia avuto esito nel termine di 30 giorni dalla sua ricezione da parte dell'intermediario può presentare ricorso all'Arbitro Bancario Finanziario, espressamente *“anche senza avvalersi dell'assistenza di un avvocato”*²³².

Il ricorso, redatto utilizzando la modulistica pubblicata dall'ABF, deve essere sottoscritto dal cliente e deve essere presentato (anche per il tramite di un'associazione), alternativamente, tramite invio alla segreteria tecnica del collegio competente o a qualunque Filiale della Banca d'Italia.

Le richieste formulate nel ricorso devono essere quelle di cui alla fase di reclamo aziendale, salva la possibilità di presentare all'ABF, per la prima volta, la domanda di risarcimento dei danni *“qualora il danno lamentato sia conseguenza immediata e diretta della medesima condotta dell'intermediario segnalata nel reclamo”*²³³.

A fini di contraddittorio, è stabilito che il cliente che abbia proposto il ricorso ne dia tempestiva comunicazione all'intermediario; qualora dalla

²³¹ Il riferimento è alle disposizioni di Bankitalia sull'ABF (Sezione VI) che prevedono che le procedure interne adottate dall'intermediario devono assicurare che l'ufficio o il responsabile della gestione dei reclami: “- si mantenga costantemente aggiornato in merito agli orientamenti seguiti dall'organo decidente, attraverso la consultazione dell'archivio elettronico delle decisioni dei collegi pubblicato su internet ai sensi della sezione IV, paragrafo 2; - valuti i reclami pervenuti anche alla luce dei predetti orientamenti, verificando se la questione sottoposta dal cliente rientri in fattispecie analoghe a quelle già decise dai collegi e considerando le soluzioni adottate in tali casi”.

²³² Si noti che, presumibilmente per selezionare la casistica assistita da maggiore serietà, *“Il ricorso all'ABF non può essere proposto qualora siano trascorsi più di 12 mesi dalla presentazione del reclamo all'intermediario, ferma restando la possibilità di presentare un nuovo reclamo dopo la scadenza di questo termine”*.

²³³ Sul punto si noti che nel corso della consultazione era stato chiesto da alcuni partecipanti di inserire una disciplina più severa, che in sostanza costringesse il cliente a ripetere la fase di reclamo per le domande diverse da quelle originariamente proposte. La risposta di Bankitalia è stata però negativa, spiegando che “Si ritiene opportuno mantenere una definizione flessibile della “questione” oggetto di reclamo, in quanto appare fisiologico che le richieste del cliente formulate nel ricorso (ivi compresa la richiesta di risarcimento) siano più specifiche di quelle inizialmente avanzate nella fase di reclamo all'intermediario. D'altro canto, la prassi dei collegi è già nel senso di ritenere ammissibili le richieste risarcitorie formulate per la prima volta in sede di ricorso”. Banca d'Italia, Resoconto sulla consultazione, pag. 15.

documentazione inviata insieme al ricorso non risulti che la comunicazione è stata effettuata, vi provvede la segreteria tecnica²³⁴.

Entro 30 giorni dalla ricezione, l'intermediario trasmette alla competente segreteria tecnica le proprie controdeduzioni unitamente a tutta la documentazione utile ai fini della valutazione del ricorso, ivi compresa quella relativa alla fase di reclamo²³⁵ e la Segreteria tecnica trasmette al ricorrente copia delle controdeduzioni, così completando il ciclo di partecipazione²³⁶.

A quel punto, il ricorso prosegue autonomamente presso l'Arbitro, senza il coinvolgimento delle parti, delle quali non sono previste audizioni o ulteriori produzioni, a meno che il Collegio non decida di richiedere chiarimenti, sospendendo il termine per la decisione²³⁷.

²³⁴ La previsione, a ben vedere, è un po' "faticosa" per l'utente; peraltro, essendo priva di "sanzione" (inammissibilità) ha una forza piuttosto limitata, essendo evidente che infine provvederà la Segreteria tecnica. Pertanto, sembra più che altro che si tratti di una disposizione finalizzata ad una accelerazione della procedura a scelta dell'utente, che se non trasmette il ricorso all'intermediario deve attendere che lo faccia la Segreteria. Anche in sede di consultazione, infatti, Bankitalia ha spiegato che *"Il regime attuale di trasmissione del ricorso all'intermediario ha evidenziato, nella prassi, notevoli criticità, in quanto nella maggior parte dei casi il ricorrente omette di eseguire questo adempimento e deve essere all'uopo sollecitato dalla segreteria tecnica, con conseguenti ritardi sul decorso dei termini della procedura. Per evitare questi inconvenienti, nel rispetto delle modalità previste dalla delibera del CICR, si è ritenuto di modificare la proposta originaria prevedendo che la segreteria tecnica inoltri il ricorso all'intermediario solo quando non risulta che esso è già stato inviato dal cliente"*. Bankitalia, *Resoconto sulla consultazione*, pagina 16.

²³⁵ Tuttavia, se l'intermediario aderisce a un'associazione degli intermediari, le controdeduzioni e la citata documentazione sono trasmesse, entro il medesimo termine di 30 giorni, alla predetta associazione, che entro 15 giorni dalla ricezione delle stesse provvede a inoltrarle alla segreteria tecnica (si noti che sono rari i casi in cui un intermediario non aderisca ad un'associazione). In ogni caso, onde evitare le particolari "pressioni" da parte delle associazioni di categoria è chiaramente spiegato nella norma che *"Il ruolo svolto dalle associazioni di categoria dei clienti o degli intermediari nell'ambito della procedura di ricorso può consistere in un controllo di completezza e regolarità formale della documentazione da presentare e in una funzione di raccordo con la segreteria tecnica; le associazioni dei clienti possono, inoltre, fornire assistenza agli aderenti nella redazione del ricorso; sono in ogni caso escluse valutazioni inerenti il merito della controversia o volte a prospettare i possibili contenuti della decisione del collegio"*.

²³⁶ Se l'intermediario non fornisce la documentazione utile alla risoluzione della vicenda, neanche dopo apposito sollecito, l'ABF può valutare la condotta anche ai fini della pubblicità dell'inadempimento.

²³⁷ In realtà le parti potrebbero anche continuare lo scambio di produzioni e deduzioni, essendo state messe in condizione di conoscere le posizioni della controparte. Sul punto Banca d'Italia ha preferito non intervenire esplicitamente, spiegando nel corso della consultazione che *"Pur non essendo previste dalle disposizioni, eventuali integrazioni presentate dalle parti potrebbero essere prese in considerazione, ove pervenute in tempo utile ai fini dell'attività istruttoria"*.

In pratica, a quel punto la Segreteria cura tutti gli adempimenti connessi al ricorso, dalla verifica della ammissibilità²³⁸ alla fissazione del calendario del Collegio, ma l'adempimento più rilevante è certamente quello relativo alla predisposizione di *“una relazione da rendere disponibile a ciascun componente del collegio prima della riunione in cui viene discusso il ricorso”*²³⁹.

E' in tale relazione, invero, che potrebbe estrinsecarsi l'influenza della Banca d'Italia sulle decisioni dell'ABF, considerato che la Segreteria tecnica è composta da personale, appunto, tecnico alle dipendenze dell'Autorità, le cui competenze certamente sono altamente specializzate anche rispetto alle complessive funzioni dell'Autorità di vigilanza²⁴⁰.

Per quanto riguarda i termini della procedura, è previsto che il Collegio decida entro 60 giorni dalla ricezione delle controdeduzioni del professionista ovvero dalla scadenza del termine per la loro produzione. Al riguardo è interessante notare che la tempistica sembra essere sostanzialmente rispettata: nella Relazione sull'attività dell'ABF più volte citata, invero, si legge che *“La durata media delle procedure di ricorso concluse, in base ai dati del 2010, è stata pari a 88 giorni”*²⁴¹.

Per quanto riguarda i costi, invece, il sistema dell'ABF, che è sostanzialmente finanziato dalla Banca d'Italia e dagli intermediari²⁴², prevede

²³⁸ Si ricorda che la manifesta irricevibilità o inammissibilità ricorre nei casi di palese incompletezza, irregolarità o intempestività del ricorso, ad esempio: a) ricorsi che palesemente non rientrino nella competenza dell'ABF; b) ricorsi proposti oltre la scadenza del termine di 12 mesi dalla presentazione del reclamo all'intermediario; c) ricorsi in cui sia indeterminato il cliente o l'intermediario oppure proposti nei confronti di soggetti che non sono intermediari; d) ricorsi in cui manchi la contestazione di un comportamento dell'intermediario; e) ricorsi per i quali non sia attestato il versamento del contributo spese di 20 euro; f) ricorsi presentati senza utilizzare l'apposita modulistica oppure privi di firma.

²³⁹ Sezione IV, paragrafo 1 delle disposizioni

²⁴⁰ Sul punto, comunque, nella Relazione sull'attività dell'ABF più volte citata, si legge che *“La Segreteria tecnica predispone per i componenti del Collegio una relazione che analizza la questione esclusivamente sulla base della documentazione prodotta dalle parti e illustra i profili di diritto senza esprimere alcun parere”*.

²⁴¹ Relazione citata, pagina 14.

²⁴² In particolare, nella Sezione V delle Disposizioni è previsto che *“La Banca d'Italia provvede alla liquidazione dei compensi dei componenti (effettivi e supplenti) dell'organo decidente di cui*

che a carico delle parti vi è un contributo iniziale di 20 euro, del cui versamento deve essere data prova al momento della presentazione del ricorso.

Tale contributo, poi, qualora il ricorso sia accolto, in tutto o in parte, deve essere rimborsato dall'intermediario, il quale in quei casi è anche tenuto a versare un contributo pari a 200 euro per le spese di procedura.

Sul punto, pertanto, si può concludere ritenendo che il ricorso all'ABF è molto poco oneroso (e del tutto gratuito, in caso di accoglimento) per l'utente. Ciò nonostante, nel corso della consultazione pubblica era stato richiesto di cancellare il contributo di 20 euro, ma la Banca d'Italia non ha accolto la richiesta, spiegando che, per quanto minimo, quel contributo permette un "filtro" per ricorsi privi dei necessari presupposti²⁴³.

Un discorso a parte, infine, meritano le spese legali.

Come ampiamente illustrato nel corso della consultazione (a fronte delle richieste di chiarire se sussistesse o meno il diritto al rimborso delle spese legali ovvero di escludere esplicitamente tale diritto)²⁴⁴, Bankitalia ha rigettato le proposte, rimettendo la questione al prudente apprezzamento degli Arbitri, caso per caso.

L'Autorità ha invero precisato che *"Il procedimento dinanzi all'ABF non richiede (né incoraggia) l'assistenza da parte di un difensore; la via stragiudiziale, per sua natura, mira proprio a evitare al cliente i costi del procedimento giudiziario (ivi comprese, in primis, le spese legali). Per chiarire*

alle lettere a) e c) della sezione III, paragrafo 2 (cioè dei componenti scelti dalla Banca d'Italia stessa e dalle associazioni dei clienti, n.d.r.). Sono a carico delle associazioni degli intermediari i compensi dei membri da esse designati".

²⁴³ La proposta proveniva da Altroconsumo e Adiconsum e la motivazione di Bankitalia sul diniego è stata la seguente: *"Il contributo di 20 euro – per quanto molto esiguo – si ritiene opportuno per contenere il rischio che l'ABF venga adito senza i necessari presupposti".* Bankitalia, Resoconto della consultazione, pagina 14. D'altro canto, però, Bankitalia ha escluso la possibilità di prevedere un meccanismo di responsabilità per lite temeraria (proposto da Conciliatore bancario finanziario e Assofin), spiegando che *"non appare opportuno addossare sul ricorrente il pagamento di una somma di denaro come contributo alle spese della procedura in caso di manifesta infondatezza del ricorso: bisogna infatti tener conto che il ricorso all'ABF può essere presentato senza l'assistenza di un difensore e che, quindi, il cliente potrebbe non avere conoscenze idonee a valutare ex ante l'assoluta infondatezza del suo ricorso".*

²⁴⁴ In quest'ultimo senso si sono espressi il Conciliatore Bancario finanziario e l'ABI.

ulteriormente questo aspetto, le disposizioni sono state integrate con la menzione esplicita del fatto che il ricorso può essere presentato anche senza l'assistenza di un avvocato. Tuttavia, ove lo ritenga opportuno, il collegio può includere nelle somme liquidate a favore del cliente a titolo di risarcimento dei danni anche l'importo delle spese da questi sostenute per l'assistenza professionale”.

Sul punto va tuttavia notato, come si dirà anche più avanti, sul tema della effettività della tutela sotto il profilo del risarcimento del danno davanti all'ABF, che l'Arbitro ha un orientamento consolidato piuttosto restrittivo in materia di rimborso delle spese legali (ma, più in generale, anche in materia di risarcimento dei danni, nell'ambito dei quali – secondo la ricostruzione sopra prospettata da Bankitalia – potrebbero rientrare le spese sostenute per la difesa tecnica).

Al riguardo è esemplificativa la recente pronuncia n. 2734 del 14 dicembre 2011 nella quale addirittura il mancato diritto al rimborso – con motivazione invero originale e suggestiva – è stato fatto discendere dal fatto che il cliente aveva palesemente ragione.

In altre parole, siccome il fatto era non contestato e l'avversario aveva un atteggiamento “*non avversariale*”, il cliente ben avrebbe potuto scegliere di difendersi da solo²⁴⁵.

A questo punto, probabilmente, anche per una maggiore trasparenza verso i potenziali interessati al mezzo Adr, sarebbe preferibile affermare espressamente che le spese legali non sono rimborsabili.

Ciò premesso sulle modalità operative dell'ABF, può svolgersi qualche cenno alle (teoriche) modalità operative dell'Arbitrato dinanzi alla Camera Consob, ad oggi non funzionante.

²⁴⁵ Decisione n. 2734 del 14 dicembre 2011 secondo cui “*Il Collegio deve giudicare delle conseguenze di un fatto illecito il cui accadimento e la cui natura non iure risultano non controverse. Questa basilare affermazione esclude, anche per le modalità dell'interlocuzione preliminare al ricorso e la condotta sostanzialmente non avversariale dell'intermediario, che possa convenirsi sul carattere necessario dell'assistenza legale della quale invece le parti attrici hanno ritenuto di avvalersi: ciò esclude dal novero delle conseguenze del fatto illecito il diritto al rimborso (ovvero l'inclusione del corrispondente importo in quello del risarcimento da liquidare) delle spese auto-responsabilmente sostenute, se del caso, per l'assistenza tecnica al ricorso*”.

Il regolamento n. 16763/2008 della Consob, al riguardo, in linea con quanto previsto dal citato decreto legislativo n. 179/2007, disciplina due forme di arbitrato esperibili (ordinario o semplificato), entrambe azionabili esclusivamente sulla base di una specifica convenzione tra le parti ovvero di una concorde richiesta ai sensi del Codice di procedura civile²⁴⁶.

L'arbitrato ordinario, in sostanza, è un arbitrato rituale, nel quale gli arbitri decidono secondo diritto, disciplinato principalmente con molteplici rinvii alle norme del Codice processuale civile, con la specificazione che le funzioni attribuite dal predetto Codice al Presidente del Tribunale sono attribuite alla Camera²⁴⁷.

La procedura si dovrebbe concludere nel termine di 120 giorni dall'accettazione della nomina da parte degli arbitri (di cui si è detto nel precedente paragrafo), prorogabile su richiesta delle parti ovvero nei casi in cui sia necessario assumere mezzi di prova, disporre consulenze, pronunciare lodo non definitivo ovvero sostituire l'arbitro unico.

Per quanto riguarda le spese, vige una tabella a scaglioni deliberata dalla Consob in allegato al Regolamento, nella quale – oltre alle spese per il servizio, pari a 100 euro – sono regolati gli onorari degli arbitri che, già nel primo scaglione, per tutte le controversie fino a 25.000 euro, corrispondono ad un

²⁴⁶ Già tale circostanza può forse considerarsi uno dei motivi per i quali, allo stato, l'arbitrato non è ancora “decollato”, perché la previsione è piuttosto “stringente”. L'articolo 17 del regolamento, invero, prevede che “1. La Camera amministra lo svolgimento di arbitrati sulla base di una convenzione di arbitrato che richiami espressamente le norme del decreto legislativo e le disposizioni di attuazione della Consob o faccia comunque rinvio all'arbitrato amministrato dalla Camera, ovvero quando di tale arbitrato le parti facciano concorde richiesta scritta. 2. Quando non esiste tra le parti una convenzione di arbitrato che rinvia al giudizio disciplinato dal presente regolamento, ciascuna parte può farne richiesta con gli atti indicati all'articolo 810, primo comma, del codice di procedura civile. L'adesione a tale richiesta deve pervenire alla Camera non oltre il termine stabilito dall'articolo 20, comma 2, per il deposito dell'atto congiunto di nomina dell'arbitro unico o del terzo arbitro. In mancanza di tale adesione, la Camera informa senza indugio le parti e gli arbitri di non poter amministrare lo svolgimento dell'arbitrato”. In ogni caso si noti che nel decreto, all'articolo 6, è specificato che “La clausola compromissoria inserita nei contratti, stipulati con gli investitori, relativi ai servizi e attività di investimento, compresi quelli accessori, nonché i contratti di gestione collettiva del risparmio, è vincolante solo per l'intermediario, a meno che questo non provi che sia frutto di una trattativa diretta”.

²⁴⁷ Si tratta sostanzialmente delle funzioni relative alla nomina degli arbitri, alla loro ricusazione o decadenza nonché alla liquidazione dei loro diritti.

minimo di 600 euro in caso di arbitro unico e ad un minimo di 1.500 euro in caso di collegio arbitrale.

Questa circostanza, unita alla estrema procedimentalizzazione dell'arbitrato grazie al rinvio al Codice processuale, presumibilmente costituisce uno dei maggiori ostacoli alla scelta del mezzo da parte di piccoli investitori, nonostante l'attrazione che certamente promana dal fatto che la procedura arbitrale risiede presso la Consob²⁴⁸.

Maggiore interesse, per contro, potrebbe riscuotere la forma arbitrale semplificata, appositamente studiata per accelerare la tutela degli investitori danneggiati (ma che in ogni caso deve essere prevista in apposita convenzione arbitrale).

E' invero previsto che Il procedimento arbitrale semplificato è finalizzato al ristoro del solo danno patrimoniale sofferto dall'investitore in conseguenza dell'inadempimento da parte dell'intermediario degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori mediante la determinazione di un indennizzo, ai sensi dell'articolo 33, comma 2²⁴⁹.

L'arbitrato semplificato è deciso su base documentale (*La decisione arbitrale si fonda esclusivamente sulle prove precostituite introdotte dalle parti con la domanda di accesso e con l'atto di risposta*, articolo 28, comma 3, che infatti devono essere corredati, a pena di decadenza, di tutta la documentazione offerta, ai sensi dell'articolo 30, commi 1 e 2) e può essere azionato soltanto dall'investitore e soltanto dopo che questi non abbia ricevuto soddisfazione nella fase di reclamo aziendale.

²⁴⁸ Si deve comunque riconoscere che nelle regole sulla ripartizione delle spese di lite è previsto un "ammorbidimento" degli ordinari criteri. Il Regolamento della Consob, invero, all'articolo 27, dopo aver stabilito, al comma 4, che "*La ripartizione tra le parti degli oneri connessi ai diritti degli arbitri e alle spese di difesa sostenute per ottenere la decisione viene effettuata, avuto riguardo ai principi contenuti negli articoli 91 e 92 del codice di procedura civile*", precisa anche che "*Tuttavia, in caso di soccombenza totale o parziale dell'investitore non determinata dalla temerarietà della pretesa da questi azionata, gli oneri connessi ai diritti degli arbitri e alle spese di difesa sostenute per ottenere la decisione gravano sulle parti in egual misura*", così svelando una innegabile volontà di tutela del contraente investitore.

²⁴⁹ Articolo 28 del Regolamento.

La procedura è estremamente veloce, poiché le parti devono comparire dinanzi all'arbitro (che è unico, nominato dalle stesse o, in mancanza, dalla Camera) non oltre 15 giorni dalla accettazione della nomina.

In udienza l'arbitro può interrogare liberamente le parti e richiedere loro, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari, poi le invita a precisare le conclusioni.

Nei venti giorni successivi alla data di precisazione delle conclusioni, l'arbitro pronuncia il lodo semplificato sulla base dei documenti prodotti e tenendo conto degli elementi emersi nel corso dell'udienza.

In pratica, l'arbitro accoglie la domanda quando, tenuto conto delle deduzioni formulate dall'intermediario e dei soli documenti introdotti in giudizio, ne ritiene sussistenti i fatti costitutivi, condannando l'intermediario al pagamento in favore dell'investitore di *“una somma di danaro a titolo di indennizzo, idonea a ristorare il solo danno patrimoniale da questi ritratto, quale conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'intermediario, nei limiti della quantità per cui ritiene raggiunta la prova”*²⁵⁰.

Le tariffe delle spese vive per questo tipo di arbitrato sono ridotte alla metà (50 euro per parte) mentre l'onorario dell'arbitro unico corrisponde all'onorario minimo per l'arbitro unico dell'arbitrato ordinario, nei relativi scaglioni di valore²⁵¹.

²⁵⁰ Sembrano dunque essere questi i “criteri” per la liquidazione dell'indennizzo che ai sensi del decreto n. 179/2007 citato la Consob era “delegata” ad adottare. Al riguardo non può non notarsi che trattasi di criteri piuttosto scarni oltre che in parte “discutibili”, nel momento in cui si richiede la prova di un “indennizzo”, quando per contro il legislatore – utilizzando un simile termine – sembrava aver voluto facilitare la tutela del contraente debole, sollevandolo dall'onere probatorio. Ma tali problematiche sono certamente anche dovute alla mancata operatività dell'arbitrato. E' chiaro, infatti, che soltanto l'esperienza pratica permette di comprendere (e dunque di individuare in maniera più puntuale) quali siano le fattispecie indennizzabili e come debba procedersi per la relativa quantificazione (come ad esempio è avvenuto per l'arbitrato residente presso l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, di cui si dirà nel prossimo Capitolo, nell'ambito del quale si è proceduto, nei primi anni, in assenza di una precisa regolamentazione in materia di indennizzi, facendo un ampio ricorso a criteri di equità e di ragionevolezza e proporzionalità).

²⁵¹ Rimane comunque ferma la possibilità di raddoppiarlo con decisione motivata della Camera in relazione alla particolare importanza, complessità e difficoltà della controversia.

6. Effettività della tutela davanti all'ABF e alla Camera

L'ultimo, ma determinante, indicatore di qualità di un servizio di ADR è quello relativo alla effettività della tutela che esso garantisce, tanto più se – come nel caso dell'ABF e della Camera – si tratta di un sistema di ADR di natura decisoria.

In particolare, per comprendere se l'istanza all'ABF o alla Camera possa veramente assicurare un'efficace tutela dei diritti dei soggetti che ad esso si rivolgono, gli aspetti da considerare sono sostanzialmente due.

Da un lato, infatti, si deve avere riguardo ad eventuali limiti alla competenza dell'Arbitro, onde valutare se vi sono domande che non possono essere proposte in quella sede e che necessitano dunque di un'azione giudiziale; dall'altro, invece, - e questo è probabilmente l'aspetto più importante – si deve valutare che valore abbia la pronuncia dell'Arbitro stesso, vale a dire, in altre parole, si deve valutare se essa sia suscettibile di esecuzione e con quali modalità possa tutelarsi la parte “vittoriosa” nel caso in cui la controparte non adempia spontaneamente.

Ciò premesso, per quanto concerne l'ABF, sotto il primo profilo si ricorda che, come già accennato, ai sensi delle disposizioni emanate dalla Banca d'Italia, l'ABF ha una competenza generale nella materia delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, e può dunque pronunciarsi in tutte le controversie aventi ad oggetto l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto al quale si riferiscono.

Si ricordi, peraltro, che la competenza dell'ABF si estende anche alle trattative precontrattuali, come è stato di recente definitivamente chiarito a seguito della consultazione pubblica, nel corso della quale la definizione di “cliente” è stata modificata fino a ricomprendere coloro che sono entrati “*in (mera, n.d.r.) relazione*” con un intermediario²⁵².

²⁵² Banca d'Italia, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, Sezione I, paragrafo 3.

Gli unici limiti espressi riguardano il fatto che un'eventuale domanda di riconoscimento di somme, a qualsiasi titolo, non può eccedere il valore di 100.000 euro²⁵³ e che sono escluse dalla cognizione dell'Arbitro *“le richieste di risarcimento dei danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione dell'intermediario”*²⁵⁴. Quest'ultima precisazione, peraltro, consente di affermare con certezza che l'Arbitro è competente anche in materia di risarcimento dei danni, il che oggettivamente amplia le possibilità di tutela degli aventi diritto²⁵⁵.

²⁵³ Si noti che in caso di istanza per una somma superiore, l'ABF dichiara la propria incompetenza per valore, e ciò anche nel caso in cui l'istante frazioni le istanze nel tentativo di *“eludere il limite massimo di valore”* (così testualmente, ABF, decisione n. 1749 del 7 settembre 2011, pubblicata sul sito web). Si veda anche AULETTA, F., *Arbitro bancario finanziario e “sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie”* in *Le Società*, 2011, 1, 83, secondo cui *“Siffatto limite di valore non appare funzionale alla determinazione della competenza dell'ABF (...), ma segna piuttosto un limite alla forma di tutela erogabile, inibendo la dichiarazione di condanna al pagamento di crediti eccedenti. Diversamente, al collegio dovrebbe riuscire precluso lo stesso accertamento incidentale della questione di valore superiore ogni volta che l'oggetto del ricorso ne risultasse avvinto da un rapporto di intima pregiudizialità-dipendenza. E invece, per esempio, potrà essere sancito dall'ABF l'obbligo di adempimento pro quota di una maggiore obbligazione corrente nei confronti di una pluralità di clienti, uno solo dei quali ricorrente, benché in casi del genere è principio che «il valore della causa si determin[i] dall'intera obbligazione» a norma dell'art. 11 c.p.c.”*.

²⁵⁴ Vi sono poi ulteriori esclusioni, che tuttavia rilevano in misura minore rispetto all'indagine qui espletata, avente ad oggetto la potenzialità dell'ABF di garantire un'effettiva tutela dei diritti. Si tratta, infatti, di esclusioni che concernono l'ambito dei rapporti tra l'Arbitro e l'azione giurisdizionale o tra l'ABF e le altre forme ADR disciplinate nel decreto mediazione. In particolare, è previsto che *“Non possono essere (...) proposti ricorsi inerenti a controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria, salvo i ricorsi proposti entro il termine fissato dal giudice ai sensi dell'art. 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28”* e che *“L'ABF non può conoscere controversie per le quali sia pendente un procedimento di esecuzione forzata o di ingiunzione. Non possono altresì essere proposti ricorsi inerenti a controversie rimesse a decisione arbitrale ovvero per le quali sia pendente un tentativo di conciliazione o di mediazione ai sensi di norme di legge (ad esempio, decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28) promosso dal ricorrente o al quale questi abbia aderito (4). Il ricorso all'ABF è tuttavia possibile in caso di fallimento di una procedura conciliativa già intrapresa; in questo caso – fermo restando quanto previsto dall'art. 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 – il ricorso può essere proposto anche qualora sia decorso il termine di 12 mesi di cui alla sezione VI, paragrafo 1”*. Banca d'Italia, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, Sezione I, paragrafo 4.

²⁵⁵ Si consideri che tale competenza non è affatto certa negli arbitrati istituzionalizzati. Nell'arbitrato presso l'Agcom, ad esempio, non è possibile richiedere il risarcimento dei danni subiti, per i quali ci si deve rivolgere alla Magistratura (si noti comunque che, come si vedrà più avanti, nel settore è vigente un sistema di indennizzi che spesso sopperisce in maniera più che adeguata alla impossibilità di richiedere il risarcimento dei danni nella sede stragiudiziale).

Si noti inoltre che, proprio su questo punto, nel corso della recente consultazione pubblica la Banca d'Italia ha avuto modo di chiarire²⁵⁶ che la formulazione delle norme *“consente all’ABF di liquidare qualsiasi tipologia di danno, purché sussista il nesso causale con la violazione commessa dall’intermediario e, ovviamente, in conformità con gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità”*²⁵⁷.

Così delineata la competenza dell’ABF, possono già individuarsi alcuni elementi di valutazione per comprendere se dinanzi all’Arbitro sia possibile ottenere una tutela effettiva dei diritti, innanzitutto sotto il profilo della ampiezza delle domande proponibili.

Al riguardo si nota che la formulazione assolutamente generale della norma secondo cui l’ABF può pronunciarsi in tutte le controversie aventi ad oggetto l’accertamento di diritti, obblighi e facoltà inerenti a operazioni e servizi bancari e finanziari certamente permette l’esame di qualunque questione che interessi il ricorrente (purché, naturalmente, rientrante nella predetta materia).

In altre parole, può affermarsi che, nell’ambito delle materie di competenza, l’ABF può pronunciarsi su qualsiasi profilo, in ipotesi anche relativo ad obblighi di una delle parti verso terzi²⁵⁸, ivi compreso il risarcimento del danno.

²⁵⁶ Il chiarimento riportato subito di seguito nel testo si ritrova nel Resoconto sulla consultazione, pag. 6, ed è stato reso a fronte della richiesta dell’associazione Adiconsum di prevedere la risarcibilità del danno esistenziale.

²⁵⁷ Quest’ultima precisazione è fondamentale, poiché, come si dirà tra poco, in numerose pronunce l’ABF ha rigettato la domanda di risarcimento di danni non patrimoniali (ad esempio esistenziali o morali), richiamando tout court i più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità (che, come noto, sono divenuti molto rigorosi in punto di risarcibilità dei danni non patrimoniali).

²⁵⁸ Ci si riferisce, in particolare, alle questioni attinenti alle segnalazioni ai Sistemi di informazione creditizia, che sono state spesso oggetto di pronunciamenti dell’ABF. Nel corso della consultazione pubblica, in verità, un partecipante (Consorzio per la Tutela del credito, CTC) aveva chiesto di escludere espressamente dall’ambito di applicazione oggettivo le controversie in cui si contende in maniera specifica ed esclusiva delle predette segnalazioni, ovvero, in subordine, di prevedere per tali controversie l’intervento del Garante per la protezione dei dati personali. La Banca d’Italia, rigettando l’osservazione, ha ripercorso l’ampiezza e l’atteggiarsi delle proprie competenze: *“L’ABF è competente per l’accertamento di diritti, obblighi e facoltà relativamente a operazioni e servizi bancari e finanziari. Le decisioni attinenti agli obblighi degli intermediari nella segnalazione ai SIC possono quindi formare oggetto di valutazione da parte dei collegi; restano ovviamente escluse dalla cognizione dell’ABF le questioni strettamente attinenti alla riservatezza dei dati personali. Si ritiene che le competenze decisorie dell’Arbitro in questa*

La disamina delle decisioni fino ad oggi assunte conferma la più totale ampiezza delle questioni esaminate (sia come argomenti, che come profili trattati per ciascun argomento)²⁵⁹, molte delle quali – in assenza di una procedura snella e documentale come quella dell’ABF – certamente non avrebbero mai raggiunto la soglia di interesse dell’azione giurisdizionale.

Basti pensare, ad esempio, alle numerosissime pronunce sui disservizi dei Bancomat e delle carte di debito, che hanno un valore medio di poche centinaia di euro, ovvero alle questioni sulla correttezza e trasparenza delle informazioni, per esempio nell’ambito del contratto di mutuo, che difficilmente sarebbero poste all’attenzione di un giudice.

Naturalmente l’ampiezza d’esame di competenza dell’ABF non implica affatto che tutte le questioni sollevate dal cliente reclamante debbano essere accolte, poiché l’effettività della tutela può risiedere anche nel solo fatto di ottenere un pronunciamento autorevole, ma soprattutto chiaro e comprensibile, sulla questione d’interesse, versando – in definitiva – un contributo di appena venti euro.

Si ricorda, sul punto, che il ricorso all’ABF è esperibile soltanto dopo il fallimento della fase di reclamo con l’intermediario e che, nella generalità dei casi, è proprio l’assenza di un dialogo in quella fase ovvero la assoluta ermeticità delle risposte ricevute ad aggravare per il cliente insoddisfatto le conseguenze del ritenuto inadempimento del professionista.

materia non entrino in conflitto con quelle dell’Autorità Garante per la protezione dei dati personali, dinanzi alla quale sono azionabili specifiche forme di tutela, alternative a quella giurisdizionale, per far valere i diritti di cui all’art. 7 del Codice deontologico nei confronti del gestore della banca dati. Si fa presente, infine, che l’ipotesi di un intervento del Garante nella procedura ABF appare incoerente con le caratteristiche strutturali di quest’ultima, connotata da celerità e snellezza e in cui è previsto esclusivamente un esame dei documenti prodotti dalle parti”. Banca d’Italia, *Resoconto sulla consultazione*, pag. 6.

²⁵⁹ Si va, infatti, dalle aperture di credito, agli assegni e bonifici, alle cambiali, ai conti correnti, ai mutui, ai pegni, alle cassette di sicurezza, agli sconti bancari e così via. All’interno di ogni macroargomento, peraltro, si rinvencono pronunce relative agli aspetti più svariati: per esempio, nell’ambito del mutuo, sono stati trattati aspetti relativi agli obblighi delle parti, alle penali, alla surrogazione, alla trasparenza, all’accollo, al pegno, alla cessione del credito, all’indicatore sintetico del costo, al mutuo di scopo, alla promessa di mutuo, alla ipoteca e molti altri ancora (l’elenco completo è disponibile sul sito dell’ABF).

Pertanto, in questo senso, l'opera dell'ABF – anche nei casi di rigetto dell'istanza – può fungere da “calmiere” sia nel rapporto esaminato, sia, stante l'ampia pubblicità delle decisioni, agevolmente consultabili da chiunque si trovi in situazioni analoghe, in altri e diversi rapporti, particolarmente qualora si tratti di questioni ricorrenti e comuni, che, per il loro atteggiarsi, siano usualmente percepite in maniera negativa dalla clientela²⁶⁰.

Ancora in questo senso, dunque, può affermarsi che l'attività dell'Arbitro serve anche a riequilibrare esattamente quella stessa asimmetria economico-informativa tra le parti che, si è detto, è alla base dei rapporti contrattuali di quei settori connotati da elevato tecnicismo, nei quali si utilizzano modelli contrattuali standardizzati.

L'Arbitro, in sostanza, posto in posizione terza ed autorevole, tramite le sue pronunce può sopperire alla esigenza di chiarezza tipica del settore e, in quest'ottica, si ricorderà che esso è anche dotato (e ne ha fatto sovente uso) di una specifica competenza consistente nell'emanare “*indicazioni volte a favorire le relazioni tra intermediari e clienti*”²⁶¹.

²⁶⁰ Emblematica in questo senso può ad esempio essere la vicenda affrontata nella decisione n. 2550 del 25 novembre 2011 (nonché in altri precedenti simili, in quanto trattasi di vicenda assolutamente frequente), nella quale il cliente aveva chiesto di accedere ad una certa formula di finanziamento mentre l'intermediario sembrava “imporne” una diversa, con la conseguenza che il cliente riteneva “confusa e non corretta” la gestione del rapporto e chiedeva una rinegoziazione dell'offerta. L'Arbitro, pur avendo rigettato la domanda, è riuscito a chiarire, in maniera semplice anche per l'utente meno esperto, quale fosse l'equivoco di fondo, consistente, in sintesi, nel fatto che il cliente riteneva che sussistesse un obbligo dell'intermediario di offrire ciò che il cliente chiedeva. L'Arbitro ha infatti spiegato che: “*Il ricorso non può trovare accoglimento. La fattispecie è stata in diverse occasioni oggetto dell'attenzione del Collegio, che ha dunque ripetutamente avuto modo di ribadire che nel nostro ordinamento non esiste un obbligo di erogare credito in forza del quale l'ABF possa sostituirsi ad un intermediario per valutare la convenienza di un'operazione e per imporre la concessione di un finanziamento*”. Nel concludere, comunque, il Collegio ha fatto uso del potere di emanare indicazioni volte a favorire le relazioni tra l'intermediario e la clientela: “*Nondimeno, il Collegio ritiene auspicabile che in caso di diniego dell'erogazione di un mutuo l'intermediario risponda per iscritto al cliente in tempi ragionevoli e tempestivi, con indicazione dei motivi che hanno condotto al rifiuto dell'istanza*” (il documento integrale è reperibile sul sito dell'ABF). Si vedrà più avanti che compiti chiarificatori assolutamente analoghi sono derivati anche dalle pronunce dell'arbitrato Agcom (emblematiche, in questo caso, sono le pronunce rese nei casi di ricorso a seguito di modificazioni tariffarie del servizio telefonico, che il pubblico dell'utenza vive generalmente come un supruso, mentre, in realtà, l'operatore, ai sensi delle norme di settore, ha facoltà di modificare le tariffe purché rispetti determinate condizioni).

²⁶¹ Sul punto si veda quanto scritto alla nota X di questo capitolo.

Venendo alla trattazione di un secondo profilo, che permette di valutare se il metodo Adr qui in esame possa fornire una tutela effettiva dei diritti, si ricorda che l'Arbitro è competente anche per le domande di risarcimento dei danni.

La scelta normativa, in questo caso, appare quanto mai opportuna, poiché, in difetto, la tutela ottenibile dinanzi all'ABF sarebbe senz'altro incompleta ed insoddisfacente. In altre parole, si verificherebbe il paradosso che il cliente, pur avendo ottenuto ragione tramite un *dictum* autorevole e specializzato, dovrebbe comunque monetizzare le proprie ragioni in una ulteriore e diversa sede, in pratica utilizzando tale *dictum* alla scorta di un parere (molto) qualificato²⁶².

E' bene tuttavia avvisare che la predetta, astratta, competenza deve però "fare i conti", da un lato, con gli orientamenti sempre più restrittivi della giurisprudenza di legittimità sulla risarcibilità dei danni cosiddetti bagatellari²⁶³, nonché, dall'altro, con i principi generali dell'ordinamento in tema di onere della prova, secondo cui la prova dell'esistenza e della quantificazione del danno è immancabilmente a carico del danneggiato, essendo assolutamente isolati i casi in cui il danno può ritenersi *in re ipsa*²⁶⁴.

Ne consegue che la funzione risarcitoria dell'ABF è estremamente circoscritta. In altre parole, infatti, se normalmente, in caso di accoglimento del

²⁶² E' ciò che, in estrema sintesi, avviene nell'arbitrato del settore delle comunicazioni elettroniche per il cosiddetto "maggior danno" rispetto agli indennizzi liquidati in sede arbitrale. In pratica, in quel settore l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, pur non essendo competente a liquidare i danni, liquida gli indennizzi dalla stessa regolamentati, che sono tipizzati e quantitativamente determinati per ogni specifico inadempimento. Qualora l'utente ritenga di aver subito un danno maggiore, deve poi agire in sede giudiziale per la differenza (maggior danno). Considerato, tuttavia, che la regolamentazione sugli indennizzi è stata ampiamente ponderata nella fase ascendente di consultazione pubblica, anche con la partecipazione delle associazioni di consumatori nonché con singoli utenti, le cui osservazioni sono state in parte recepite, può affermarsi che i casi in cui il pregiudizio subito è effettivamente maggiore dell'ammontare dell'indennizzo liquidabile sono davvero residuali, pertanto sono rari i casi in cui vi siano fondate ragioni per rivolgersi, dopo l'arbitrato, alla Magistratura. Anzi, a ben vedere, il sistema di indennizzi verosimilmente permette di ottenere soddisfazione economica anche per una serie di violazioni contrattuali lievi per le quali, in giudizio, non si riuscirebbe ad ottenere tutela a causa degli ultimi orientamenti della giurisprudenza di legittimità sui danni bagatellari (orientamenti cui, per contro, l'ABF fa un ampio richiamo).

²⁶³ Si vedano Cass., Sez. Un., 11/11/2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, poi più volte richiamate in pronunciamenti successivi.

²⁶⁴ Si veda, tra le tante, Cass. civ. Sez. III, Sent., 13-05-2011, n. 10527, che peraltro richiama le note sentenze del 2008 in tema di danni bagatellari.

ricorso, si riparano le conseguenze strette dell'inadempimento (vale dire, per esempio, che l'ABF ordina di restituire le somme mancanti ovvero la consegna di documenti), nessuno spazio trova invece, nella stragrande maggioranza dei casi, il ristoro di tutti i disagi che il cliente (vittorioso) ha "patito" prima di ottenere ragione.

Su questo punto, invero, la giurisprudenza dell'ABF è piuttosto rigorosa, facendo un largo uso dei principi (certamente invisibili nelle controversie di minor valore) enucleati dalla giurisprudenza di legittimità sulla non risarcibilità di quei danni, spesso indicati come "esistenziali", connessi alle defatiganti attività che purtroppo sono sovente richieste ai contraenti più deboli prima di concedere, finalmente, l'esatta applicazione di quanto contrattualmente previsto²⁶⁵.

Di recente, per esempio, in un caso²⁶⁶ relativo al mancato funzionamento di una carta Bancomat, che – nella ricostruzione del cliente – essendosi verificato di notte, al momento del pagamento di un parcheggio, aveva causato vari disagi, l'Arbitro, nel negare il risarcimento complessivo di 1.000 euro richiesto, ha espressamente richiamato la decisione delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008, secondo cui *"non sono meritevoli di tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed*

²⁶⁵ Pur non intendendo, in questa sede, affrontare e discutere l'orientamento giurisprudenziale che ha escluso la riparazione dei pregiudizi che si concretano in meri fastidi o disagi, non si può fare a meno di notare che in determinati settori, quali sono quelli qui in esame (banche, telefonia, contratti di Internet, ecc), i predetti disagi e fastidi hanno un'incidenza senz'altro più grave e spesso sono ingiustamente connessi alla mera esecuzione contrattuale, per il solo fatto del significativo divario qualitativo che connota le due parti contrapposte (tra le quali, dunque, talvolta è addirittura impossibile stabilire anche soltanto un semplice contatto informativo). Pertanto, sebbene si possa comprendere il passaggio giurisprudenziale delle Sezioni Unite citate, che intende escludere il predetto risarcimento poiché ne risulterebbe snaturata la funzione (in quanto verrebbe ad essere concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno bensì quale pena privata per un comportamento lesivo), si deve comunque quantomeno sottolineare che, in determinati casi, la mera riconduzione del comportamento delle parti alle previsioni contrattuali non è certamente sufficiente a riequilibrare la defatigante ingiustizia sostanziale verificatasi (si pensi, ad esempio, a chi si trova in un posto isolato o con un'urgenza da risolvere e rileva il mancato funzionamento della carta bancomat, senza poter fare altro che rivolgersi ad un contact center telefonico, ovvero si pensi a chi richiede di recedere da un determinato servizio supplementare e continua, per contro, a riceverne la fatturazione pur continuando a sollecitare l'interruzione sia telefonicamente che in forma scritta: in detti casi, sembra effettivamente potersi dubitare dell'adequatezza del ristoro costituito dalla mera restituzione delle somme perse, ma, al contempo, la prova dei "patemi" subiti è praticamente diabolica).

²⁶⁶ Decisione n. 2293 del 26 ottobre 2011.

ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale”.

Nel disattendere la richiesta, peraltro, l'Arbitro ha anche ricordato precedenti decisioni di altri Collegi, per esempio la n. 74 del 2 marzo 2010, nella quale il Collegio di Milano, in ipotesi di richieste sostanzialmente analoghe, aveva evidenziato la necessità di addurre elementi probatori a fondamento della richiesta risarcitoria, stabilendo che: *“ancorché questo Collegio non abbia motivo di dubitare della sincerità del ricorrente nella descrizione del fatto lamentato, tuttavia essendo esso chiamato a giudicare secondo diritto non può prescindere dal richiedere che i fatti ad esso rappresentati siano supportati da un minimo di elementi probatori, od anche da indizi”*. “Nel caso di specie”, prosegue la decisione, *a fronte della recisa e precisa contestazione della Banca circa l'accadimento del fatto in sé, l'esame degli atti non consente di reperire alcun inizio di prova del fatto dedotto dal ricorrente a fondamento della sua pretesa risarcitoria. (...) Va, peraltro sottolineato che, a voler tutto concedere in ordine al fondamento fattuale del ricorso in esame, la domanda risarcitoria sarebbe, in ogni caso, inaccoglibile per carenza probatoria circa la concreta consistenza del danno che si assume patito quale conseguenza immediata e diretta (vedi art. 1223 cod. civ.) del lamentato illecito contrattuale”*²⁶⁷.

²⁶⁷ Anche nella decisione n. 235 del 31 gennaio 2011 il Collegio di Roma ha fatto applicazione dei predetti principi. In sostanza, pur ammettendo che l'impossibilità di utilizzo della carta da parte del cliente sia atta a concretizzare una responsabilità della banca per inadempimento ai sensi dell'art. 1218 c.c., l'ABF ha negato ogni risarcimento, ritenendo non provata la produzione di un danno effettivo: *“il ricorrente”*, ha sostenuto il Collegio, richiamando tra le tante la sentenza della Cass., Sez. I, n.721 del 25/3/2009, *“si limita ad enunciare una quantificazione dei danni che complessivamente gli sarebbero derivati dal mancato funzionamento della carta, senza fornire elementi di prova circa l'esistenza di un effettivo danno patrimoniale. Questa circostanza assume rilievo decisivo posto che, per principio giurisprudenziale consolidato, spetta al danneggiato l'onere di fornire la “prova di un concreto pregiudizio economico subito ai fini della determinazione quantitativa e della liquidazione del danno”*. In mancanza della *“prova del danno nella sua esistenza”*, ricorda sempre il Collegio *“non può pro cedere neppure a valutazione del danno stesso in via equitativa (così Cass., Sez.III, n.10607 del 30/4/2010)”*. Inoltre, il Collegio, nella medesima decisione, si è pronunziato sulla risarcibilità del *“danno morale”*, stabilendo che *“se il ‘disagio subito fosse dal ricorrente inteso come danno non patrimoniale, ed in particolare come danno esistenziale, si dovrebbe richiamare l'ulteriore principio giurisprudenziale in base al quale “non sono meritevoli di tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale” (per cui si richiama Cass. S.U., n. 26972 dell'11 novembre 2008).*

Un maggiore spazio interpretativo, invece, è stato lasciato in alcuni casi al risarcimento del danno derivante dalla illegittima iscrizione nelle cosiddette “centrali rischi”, per la quale il danno è sovente considerato *in re ipsa*²⁶⁸, attenuando dunque l’onere della prova a carico del ricorrente, o anche laddove si registra un più generale illegittimo trattamento di dati personali della clientela, per il quale il Codice della privacy effettivamente prescrive la risarcibilità del danno non patrimoniale²⁶⁹.

In definitiva, dunque, per quanto riguarda l’effettività della tutela sotto il profilo del risarcimento ottenibile, si deve riconoscere che l’ABF è un giudice piuttosto severo.

Va allora notato che, per quanto sia vero che l’Arbitro deve giudicare secondo diritto, è anche vero che esso si trova a presidio di un settore molto particolare, nel quale il rapporto tra le parti contrattuali è immancabilmente squilibrato. Una maggiore “aderenza” alla realtà quotidiana che tutti possiamo sperimentare (e che dunque potrebbe essere assunta anche come fatto noto, eventualmente utilizzando la regola *id quod plerumque accidit*), quindi, potrebbe essere benvenuta in un sistema di risoluzione delle controversie che è stato creato appositamente per dare *giustizia* (e non per *ius-dicere*) in un peculiare settore.

In altre parole, il negare che il blocco di una carta Bancomat abbia creato disagi ad un cliente bancario, perché l’utente non li ha dimostrati e perché comunque sono “*disagi, fastidi, disappunti, ansie ed ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale*”, significa forse essere molto ossequiosi verso le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ma al contempo significa disconoscere la realtà dei fatti e anche negare giustizia in un rapporto professionalmente qualificato, in cui il “disappunto”, in realtà, non deriva “da un

²⁶⁸ Si vedano, ad esempio, tra le più recenti, le decisioni nn. 2534 del 24 novembre 2011 e 2734 del 14 dicembre 2011, nelle quali il Collegio applica criteri equitativi per procedere alla liquidazione del danno.

²⁶⁹ Si veda ad esempio la recente Decisione n. 2838 del 23 dicembre 2011, nella quale sono stati liquidati 15.000 euro di risarcimento dei danni richiamando le norme di cui agli articoli 11 e 15 del Codice della privacy.

aspetto “disparato” della vita quotidiana, bensì dalla violazione (inadempimento) di un preciso obbligo, derivante da un altrettanto preciso contratto, che un soggetto professionale si era impegnato a rispettare.

Così ragionando, dunque, si svuota di qualsiasi valenza l’obbligo di diligenza professionale che dovrebbe contraddistinguere il comportamento dell’operatore bancario e si ragiona come se le parti fossero “ad armi pari” e come se il contraente debole non fosse oggettivamente costretto ad affrontare una serie di piccoli, ma comunque ingiusti, ostacoli per ottenere il (mero) *adempimento contrattuale*²⁷⁰.

Una posizione più “elastica”, in conclusione, che non richieda di dimostrare ciò che è noto a tutti (e cioè, ad esempio, che la carta Bancomat serve quotidianamente e che la sua mancanza comporta oggettive difficoltà) sarebbe forse più idonea ad assicurare quella tutela effettiva dei contraenti deboli la cui mancanza è (sarebbe), in verità, alla base della stessa esistenza dell’ABF (mentre, per una rigida applicazione di regole processuali sull’onere della prova, si poteva già andare dal Magistrato).

Per quanto riguarda, infine, l’efficacia delle decisioni dell’Arbitro, bisogna innanzitutto richiamare le disposizioni emanate dalla Banca d’Italia, che – in applicazione di quanto più succintamente previsto dalla delibera CICR n. 275/2008 – stabiliscono, in primo luogo, che le decisioni sui ricorsi sono assunte sulla base della documentazione raccolta nell’ambito dell’istruttoria, in applicazione delle leggi e dei regolamenti del settore, oltre che degli eventuali codici di condotta ai quali l’intermediario aderisca²⁷¹.

Può allora già notarsi che la delimitazione delle fonti sulla base delle quali l’ABF può definire le controversie costituisce una garanzia per coloro che utilizzano lo strumento, essendo espressione della sua specializzazione ed

²⁷⁰ Al riguardo si vuole precisare che, sebbene sia vero che non esiste nel nostro ordinamento il danno punitivo (se non ipotesi simili, tassativamente previste dalla legge) è anche vero che l’applicazione delle norme, modulata secondo il contesto specifico delle singole fattispecie esaminate (in particolare tenendo conto della – diversa – qualità delle parti) potrebbe anche servire ad indirizzare la futura azione contrattuale dell’operatore professionale.

²⁷¹ Banca d’Italia, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, Sezione VI, paragrafo 3.

assicurando la conoscenza e la rilevanza – nei rapporti patologici con la clientela – degli impegni che l’intermediario abbia volontariamente assunto con la sottoscrizione di Codici di condotta.

E’ inoltre previsto che nel caso in cui accolga il ricorso in tutto o in parte, il collegio fissa il termine entro il quale l’intermediario deve adempiere; in mancanza, l’intermediario è comunque tenuto ad adempiere entro 30 giorni dalla comunicazione della decisione, completa della motivazione²⁷².

Ciò premesso sui tempi per l’adempimento, invero piuttosto contenuti, al fine di valutare l’effettività della tutela assicurata con il *dictum* decisorio, occorre naturalmente interrogarsi su quali siano le conseguenze e gli atti da compiere in caso di mancato o ritardato adempimento.

Sul punto, le disposizioni della Banca d’Italia sono in primo luogo finalizzate a permettere alle proprie strutture un controllo sull’efficacia delle decisioni (da intendersi come livello di conformità alle stesse da parte degli intermediari, il che – si ricordi – è in linea con le richieste europee in tema di trasparenza delle procedure ADR): è infatti stabilito che entro il termine fissato per l’adempimento l’intermediario comunica alla segreteria tecnica le azioni poste in essere per dare attuazione alla decisione del Collegio.

Si tratta naturalmente di un meccanismo che ha l’evidente scopo di permettere una veloce reazione punitiva per l’intermediario inadempiente, che, in mancanza di detto presidio, sarebbe rimessa (nell’*an* e *quando*) alla iniziativa del cliente rimasto insoddisfatto, che dovrebbe denunciare all’ABF o alla Banca d’Italia quanto (non) avvenuto.

Per contro, tramite l’obbligatorietà della comunicazione di adempimento da parte dell’intermediario, la Banca d’Italia (e non l’ABF, poiché la segreteria tecnica che riceve la comunicazione è, come già evidenziato, di pertinenza dell’Autorità) ha immediata notizia degli effetti delle decisioni dell’Arbitro sul mercato.

²⁷² La motivazione potrebbe infatti pervenire in un momento successivo al dispositivo (su disposizione del Presidente), comunque non oltre 30 giorni dallo stesso.

La Segreteria ne informa poi i Collegi dell'ABF (anche nei casi dubbi) e, previo accertamento dell'inadempimento da parte di questi ultimi²⁷³, si procede a dare notizia dell'inadempienza sul sito internet dell'ABF e, a cura e spese dell'intermediario, in due quotidiani ad ampia diffusione nazionale²⁷⁴ (con menzione, se del caso, dell'eventualità della sottoposizione della vicenda alla Autorità giudiziaria)²⁷⁵.

Il sistema così congegnato, come è intuitivo e come peraltro si è già evidenziato nel primo capitolo, costituisce un mezzo di coazione indiretta delle decisioni dell'ABF, suppletivo – all'evidenza – della carenza, a livello normativo, di altri strumenti più tipici per garantire l'adesione delle parti soccombenti alle decisioni dell'Arbitro, quali, ad esempio, la previsione della natura di titolo

²⁷³ La previsione del necessario passaggio dell'inadempimento davanti all'ABF è uno dei risultati verificatisi a seguito della consultazione pubblica a dimostrazione dell'autonomia dell'ABF rispetto alla Banca d'Italia, di cui la segreteria è diretta espressione. Tuttavia sul punto era già stato notato da AULETTA, F., *Arbitro bancario finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"* in *Le Società*, 2011, 1, 83, che, in realtà dovrebbe essere la Segreteria tecnica a curare tutto ciò che sfocia in una sanzione reputazionale, pena "il congenito difetto di attribuzione che sarebbe rilevabile nell'imputare poteri sanzionatori a un soggetto non espressione di autorità"; in pratica, così agendo la Segreteria starebbe operando tramite "un sempre revocabile self restraint, senza che ciò tuttavia serva a escludere la riferibilità diretta alla Banca d'Italia dell'azione sanzionatoria verso i terzi che ne rimangono soggetti".

²⁷⁴ La stessa pubblicità è data anche alla mancata cooperazione al funzionamento della procedura da parte dell'intermediario. La mancata cooperazione consiste, in pratica, nella omissione o nel ritardo nell'invio della documentazione richiesta, che abbiano reso impossibile una pronuncia sul merito della controversia, o il mancato versamento dei contributi previsti dalle disposizioni sul funzionamento. Si noti, al riguardo, che rispetto alla configurabilità del primo caso di mancata cooperazione, non è sufficiente che l'intermediario ometta o ritardi l'invio della documentazione, ma è altresì necessario che ciò impedisca una pronuncia nel merito. Vi è allora da chiedersi in quale caso la mancata disponibilità della documentazione possa davvero impedire la pronuncia, in considerazione del fatto che più volte l'ABF ha, tacitamente o espressamente, applicato i principi generali sull'onere della prova ex articolo 2697 Cod. civ. (si veda ad esempio, da ultimo, la decisione n. 123 del 17 gennaio 2012). D'altro canto, non è un caso che ad oggi non constano casi di mancata cooperazione in tal senso.

²⁷⁵ La previsione intende palesemente riequilibrare le conseguenze della sanzione reputazionale in favore dell'intermediario, permettendo che sia resa nota la serietà della sua opposizione al *dictum* dell'Arbitro. Si noti, tuttavia, che nel corso della consultazione pubblica, sia il Conciliatore Bancario Finanziario che l'Assofin avevano chiesto di sospendere la pubblicazione dell'inadempimento sui quotidiani in caso di ricorso all'Autorità giudiziaria.

esecutivo delle decisioni, ovvero di una sanzione amministrativa in caso di mancato adempimento²⁷⁶.

Ciò tuttavia non impedisce affatto l'effettività della tutela degli interessati, anzi. La sanzione reputazionale, invero, collegata ad un sistema snello e trasparente (vale a dire, conosciuto e conoscibile) quale quello dell'ABF, è in realtà un ottimo deterrente per comportamenti dilatori o mancanti.

A ciò si aggiunga, peraltro, che lo stretto (se non strettissimo) collegamento dell'ABF con l'Autorità di vigilanza del settore certamente espleta, più di ogni altra previsione, un'efficacia propulsiva verso l'acquiescenza, più o meno soggettivamente sentita, alle decisioni dell'ABF²⁷⁷.

D'altro canto non a caso, nel corso della recente consultazione pubblica, le norme che in qualche modo esprimono la commistione tra l'Arbitro e l'Autorità di vigilanza (quali, ad esempio, quelle sulla struttura della segreteria tecnica o sugli inadempimenti) sono state ritoccate, onde evitare le già evidenziate critiche al sistema nel suo complesso.

E' stato quindi previsto che gli inadempimenti degli intermediari non siano più pubblicati sul sito della Banca d'Italia, poiché *“si ritiene che la pubblicazione sul sito web della Banca d'Italia (poco coerente con la separazione funzionale e soggettiva tra Banca d'Italia e ABF) non sia più necessaria, considerato che il sistema ABF – ormai pienamente operativo – è sempre più conosciuto presso la clientela degli intermediari e quindi appare sufficiente la pubblicazione sul sito*

²⁷⁶ Sul punto si noti che nel corso della consultazione pubblica la stessa Banca d'Italia ha “ammesso” l'assoluta indeterminatezza della natura giuridica delle decisioni dell'ABF. A fronte della richiesta di inserire una norma al riguardo presentata da l'Unione Finanziarie Italiane, UFI, nelle *Osservazioni*, pag. 2, l'Autorità ha infatti specificato che *“L'efficacia e la natura delle decisioni dell'ABF (tuttora controversi in dottrina) non possono essere stabilite dalle disposizioni della Banca d'Italia, ma è necessaria una norma di legge”* Banca d'Italia, *Resoconto della consultazione*, pag. 18.

²⁷⁷ Pur dovendosi anche riconoscere, ad onor del vero, che le decisioni dell'Arbitro sono sostanzialmente equilibrate e tecnicamente motivate, dunque è difficile che risultino premiati comportamenti infondati o pretestuosi della clientela; l'unica vera differenza rispetto alla giustizia tradizionale risiede quindi, verosimilmente, nel fatto che, in assenza dell'ABF, gli intermediari non sarebbero mai stati chiamati a rispondere di molti inadempimenti minori.

*dell'Arbitro per assicurare un'ampia diffusione delle informazioni in rete, grazie alla sua capacità di raggiungere un pubblico esteso e consapevole*²⁷⁸.

Preso atto di quanto sopra, non ci si può comunque esimere dal rilevare che – pur confidando nella bontà degli intenti – la soluzione rischia di essere soltanto un palliativo²⁷⁹.

D'altro canto, e questo è un dato di fatto assolutamente significativo, ad oggi non constano inadempimenti degli intermediari alle decisioni dell'ABF, e viene dunque da chiedersi se ciò sia dovuto alla bontà del sistema arbitrale ovvero, come da più parti suggerito, alla pesante interferenza sullo stesso da parte dell'Autorità del settore²⁸⁰.

Fermo quanto detto, vi è comunque da rilevare che – perlomeno “lato utente del servizio”, vale a dire dal lato della clientela – la detta interferenza è il vero punto di forza delle decisioni dell'Arbitro²⁸¹.

Ed infatti, se si dovesse per contro confidare sulla natura o valenza giuridica delle medesime decisioni per ottenere soddisfazione, presumibilmente l'intera procedura si risolverebbe in un “nulla di fatto” o, al più, nella emanazione

²⁷⁸ Banca d'Italia, *Resoconto sulla consultazione*, pag. 18-19.

²⁷⁹ E' evidente, invero, che il problema di carenza di autonomia denunciato non risiede tanto nelle modalità di pubblicazione, quanto piuttosto nell'intero sistema.

²⁸⁰ Sul punto, si veda ad esempio PELLEGRINI, M., *Sistemi alternativi di composizione delle controversie bancarie*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, Vol. II, p. 879, Cedam, Padova, 2010, secondo cui “A ben considerare, proprio nella menzionata formulazione normativa si individua il limite del sistema di giudizio alternativo qui esaminato, dal momento che la decisione assunta, non essendo coercibile, troverà esecuzione soltanto qualora l'intermediario decida di conformar visi volontariamente”. L'Autrice comunque ricorda che, rispetto all'ombudsman bancario “non risultano registrati casi in cui l'istituto di credito non si sia adeguato al giudizio dell'organo decidente” (il che, come visto, sinora è avvenuto anche per l'ABF).

²⁸¹ PELLEGRINI, M., *Sistemi alternativi di composizione delle controversie bancarie*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, Vol. II, p. 880, Cedam, Padova, 2010, evidenzia infatti che “Si prospetta il venir meno (o la modifica) della pregressa posizione tenuta dall'Organo di vigilanza con riguardo ai rapporti banca-clientela; emerge, cioè, la possibilità di assistere, in un futuro non lontano, ad un crescente interesse dell'autorità di settore ad interagire sulle condotte degli intermediari affinché comportamenti inadeguati nello svolgimento della loro attività (e, dunque, modalità non corrette nell'offerta di nuovi prodotti) non si risolvano nella possibile determinazione di rischi reputazionali”.

di un parere privato autorevole²⁸² (ma non certamente eseguibile) da esibire come elemento di valutazione in un giudizio ordinario.

E' stato invero notato che le modalità (differenti) con le quali le parti aderiscono al sistema dell'ABF non consentono di qualificare la decisione dello stesso come dirimente la controversia con effetti vincolanti, difettando, in particolare, rispetto all'intermediario, il consenso che potrebbe dar luogo ad un contratto per la risoluzione della lite (come avviene, ad esempio, quando le parti congiuntamente deferiscono ad arbitri la controversia)²⁸³.

Si ricorderà, infatti, che l'intermediario – come accennato – aderisce all'ABF in quanto tale adesione integra una condizione dell'esercizio dell'attività bancaria e finanziaria e, pertanto, in essa non si rinviene alcuna devoluzione all'Arbitro per la gestione della controversia, potendosi al più intravedere, secondo la dottrina, il fatto che l'intermediario “*si limita ad "autorizzare" la Banca d'Italia a irrogargli la sanzione in caso di inottemperanza o inesecuzione di una decisione dell'Organo, assunta e comunicata conformemente alla regolamentazione in vigore*”²⁸⁴.

²⁸² In questo senso, RUPERTO, S., *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 03, 325. L'Autore, in particolare, “... *la decisione dell'Organo sembra allora ridursi a una sorta di parere pro veritate, essendo l'Organo decidente sostanzialmente investito dalla Banca d'Italia dell'incarico di esprimere una valutazione sulla controversia in atto fra l'intermediario e il cliente: incarico per l'esecuzione di una prestazione d'opera intellettuale. L'Organo svolge un'attività logica, di giudizio, consistente nel prendere posizione rispetto alla controversia attribuendo una ragione e un torto, ma solo in astratto, cioè senza che si producano effetti propriamente accertativi. La Banca d'Italia, sulla base del parere dell'Organo che, accogliendo il ricorso, faccia prevalere la ragione del cliente, sarà legittimata a irrogare la sanzione all'intermediario soccombente, in caso di sua inerzia nell'attuazione dei comportamenti qualificati nel parere come dovuti*”.

²⁸³ RUPERTO, S., *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 03, 325.

²⁸⁴ Si tratterebbe, secondo questa ricostruzione, della “*figura del consenso dell'avente diritto. Questo consenso, che viene originariamente manifestato con l'adesione, impedisce di qualificare come fatto illecito il provvedimento di pubblicazione della notizia dell'inadempimento, il quale, altrimenti, non sarebbe consentito alla Banca d'Italia. L'atto della pubblicazione diviene così un atto iure, come tale improduttivo di un danno risarcibile. Il consenso dell'intermediario è in ogni momento liberamente revocabile, ma la sua revoca comporterebbe anche la revoca della stessa adesione al Sistema ABF, e determinerebbe il venir meno di uno dei requisiti previsti dalla legge per l'esercizio dell'attività bancaria e finanziaria*” (ancora RUPERTO, S., *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 03, 325).

Ne deriva che *“l’intermediario non è obbligato ad adempiere alla decisione dell’Organo. Il suo inadempimento resta insuscettibile di tutela, non essendo esperibile, da parte del soggetto nei cui confronti l’obbligo dovrebbe essere eseguito, alcuna azione avente a oggetto quell’inadempimento. Conseguentemente, la decisione dell’Organo non è fatto costitutivo di obblighi (e dunque di effetti giuridici) per le parti della controversia, né, per l’appunto, porta a definizione la lite”*.

In altre parole, quindi, è stato ancora notato²⁸⁵ che *“Dalla decisione dell’ABF non può derivare, pertanto, alcun nuovo diritto delle parti suscettibile di tutela innanzi all’A.G.O., né alcun corrispondente obbligo di adempimento, con la specifica conseguenza che, qualora l’intermediario non rispetti la delibera dell’ABF, il cliente non può far valere l’inadempimento in quanto tale, nei confronti dell’intermediario, innanzi al giudice o all’arbitro”*.

Non resta dunque, per il cliente, che confidare sull’effetto deterrente della predetta sanzione reputazionale, almeno fino a quando (e se) il problema²⁸⁶ dell’effetto vincolante tra le parti non sarà risolto.

²⁸⁵ AULETTA, F., *Arbitro bancario finanziario e “sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie”* in *Le Società*, 2011, 1, 83.

²⁸⁶ Si parla di “problema” perché secondo parte della dottrina potrebbe anche verificarsi l’ipotesi in cui l’intermediario riesca a sottrarsi alla sanzione reputazionale. In particolare, infatti, secondo AULETTA, F., *Arbitro bancario finanziario e “sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie”* in *Le Società*, 2011, 1, 83, che ricostruisce il sistema attribuendo alla decisione dell’ABF il valore di un parere endoprocedimentale reso a Bankitalia nel corso di un procedimento di vigilanza, l’intermediario ha a sua disposizione l’azione ex articolo 34, comma 1, lettera c) del nuovo Codice del processo amministrativo, approvato con il Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n.104, *“Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo”*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della repubblica italiana n. 156 del 7 luglio 2010. In particolare, l’Autore afferma *“Vero è che, in linea di principio, «in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» (art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 104/2010), ma l’autonomia della azione di condanna, anche in forma specifica, oggi garantita proprio per il caso di giurisdizione esclusiva (quale è quello della vigilanza sul credito, n.d.r.), sembra consentire all’intermediario, finanche prescindendo dall’annullamento del provvedimento sanzionatorio ove non già adottato, di promuovere l’azione altresì per conseguire, dopo la sola determinazione dell’ABF e il consapevole rifiuto di darvi attuazione sull’assunto dell’erroneità di quel giudizio, la condanna della Banca d’Italia a non «rende[re] pubblica l’inadempienza». Difatti, non in altro che in ciò può risolversi concretamente, ai sensi dell’art. 34, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 104/2010, l’«adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio», che sembra trattarsi del diritto soggettivo all’integrità reputazionale dell’intermediario (...): situazione giuridica che può rimanere costantemente protetta anche mediante la previa «emanazione di misure cautelari ... che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad*

Il che, peraltro, stante le novità legislative di cui si è detto, a seguito delle quali l'ABF è divenuto condizione di procedibilità della domanda giudiziale al pari (o almeno così dovrebbe) degli altri procedimenti di mediazione disciplinati dal più volte citato decreto n. 28/2010, sembra oramai impellente, pena un insuperabile divario nella effettività della tutela tra mezzi di Adr che, per contro, il Legislatore sembra aver inteso uniformare sotto la stessa *ratio*²⁸⁷.

Per quanto riguarda, invece, l'effettività della tutela ottenibile grazie alla procedura arbitrale da svolgersi dinanzi alla Camera della Consob, si deve innanzitutto ricordare che, anche in questo caso, l'indagine sconta il fatto che il sistema ancora non è funzionante.

Non esistono pertanto applicazioni pratiche della forma di tutela in Adr scolpita *in nuce* dal Legislatore e, successivamente, regolamentata dalla Consob.

Possono tuttavia svolgersi alcuni cenni al riguardo, naturalmente soltanto ipotetici, principalmente sulle potenzialità del mezzo, che – a ben vedere – sembrano significative.

assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso» (art. 55, comma 1, D.Lgs. n. 104/2010)».

²⁸⁷ Si ricorda, infatti, che il citato decreto dispone all'articolo 12 che i verbali di conciliazione, sottoscritti all'esito dei procedimenti di mediazione dallo stesso disciplinati, possano acquisire efficacia di titolo esecutivo (*Il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo*) e fondare dunque l'esecuzione forzata, nonché l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Si noti, tuttavia, che la Banca d'Italia, anche all'esito della recente consultazione, continua ad affermare la necessità di distinzione tra l'ABF e le altre forme di mediazione, verosimilmente (sembra di comprendere) per la snellezza del primo, che si svolge in via soltanto documentale. L'Autorità, infatti, a fronte delle istanze presentate dal Consorzio per la tutela del credito, CTC, e da Mondo mediazione, per una radicale trasformazione del sistema (da equiparare alla mediazione, ovvero da trasformare in conciliazione paritetica o in uno schema misto arb-med), ha specificato che: *“Il d.lgs. n. 28/2010 non ha modificato infatti la natura del procedimento dinanzi all'ABF, ma si è limitato a dichiararlo equivalente alla conciliazione/mediazione ai fini dell'esperimento della condizione di procedibilità introdotta dal medesimo decreto. I due tipi di procedimento, per ogni altro aspetto, rimangono nettamente distinti quanto a struttura, effetti, ambito di applicazione. Queste differenze strutturali sono funzionali ad assicurare alcuni obiettivi fondamentali del sistema l'ABF (che è un procedimento celere, destinato a risolvere controversie con la clientela prevalentemente retail), comuni agli analoghi sistemi presenti in Europa. Un'eventuale modifica della natura del sistema ABF da procedimento aggiudicativo a organismo di conciliazione richiederebbe, tra l'altro, radicali trasformazioni dell'intero sistema normativo (TUB, delibera CICR) e organizzativo che attualmente lo riguarda”*. Banca d'Italia, *Resoconto sulla consultazione*, pag. 3.

Sotto il profilo della competenza, infatti, non sembrano sussistere ostacoli alla possibilità di sottoporre agli arbitri presso la Camera Consob qualsiasi questione.

Si è già visto, invero, che, in base al citato decreto legislativo n. 179/2007, articolo 2, la Camera è istituita “per l'amministrazione, in conformità al presente decreto, dei procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di controversie insorte tra gli investitori e gli intermediari per la violazione da parte di questi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori”.

Si tratta dunque di una competenza assai ampia, che necessariamente può ricomprendere anche problematiche precontrattuali (nel senso che la patologia si verifica propria perché, nella fase precontrattuale, sono mancate le informazioni).

Ma la potenzialità del mezzo si estrinseca soprattutto nel suo “avvicinamento” all’arbitrato rituale del Codice processuale civile, da cui discende l’esecutività del lodo che, dopo il visto sulla regolarità formale della Consob, può divenire esecutivo ai sensi dell’articolo 825 del Codice processuale civile²⁸⁸.

E’ chiaro, invero, che di tal guisa le parti hanno a disposizione un atto vincolante (che, infatti, come visto, genera da un accordo spontaneo fra le due), che è suscettibile di esecuzione.

Non può tuttavia negarsi che, nonostante tale positiva caratteristica, la farraginosità e l’onerosità della procedura (soprattutto di quella ordinaria) sembra essere un forte deterrente all’utilizzo del mezzo Adr.

Ciò appare tanto più infausto, nell’ottica di tutela sottesa alla previsione del mezzo, se si considera che l’arbitrato semplificato contiene *in nuce* potenzialità di soddisfazione dei diritti degli investitori non indifferenti.

La possibilità, infatti, di ottenere velocemente la liquidazione di un indennizzo, con procedura documentale e semplificata (dove si procede anche all’interrogatorio libero delle parti, che in quella sede ben potrebbero trovare un accordo) e il fatto, peraltro, che, come già ricordato, tale indennizzo attinge ad un

²⁸⁸ Così l’articolo 3, comma 4, del Decreto legislativo n. 179/2007.

apposito Fondo di garanzia, costituiscono senza dubbio caratteristiche da valorizzare allorché si discute della Camera arbitrale, poiché sono piuttosto uniche nel loro genere.

E' da augurarsi, pertanto, che nel procedere alla prospettata revisione della Regolamentazione (dovuta, principalmente, alla entrata in vigore del decreto sulla mediazione nonché al parere del Consiglio di Stato sulla natura della Camera di cui si è detto), la Consob permetta di superare, perlomeno in parte, la rigidità delle attuali procedure e, soprattutto, fissi dei chiari criteri di indennizzo, indicandone, come previsto i tetti massimi²⁸⁹, e abbandonando, soprattutto, l'attuale regime indicato nell'articolo 33 del Regolamento, già ricordato, secondo cui l'indennizzo è liquidato nei limiti in cui se ne fornisca la prova.

Ci si augura infatti che, a compimento del processo di "delega" scolpito nel decreto legislativo n. 179/2007, la Consob provveda affinché la liquidazione dell'indennizzo diventi sostanzialmente automatica, sulla base dei criteri predeterminati, e che si debba ricorrere alla Magistratura (con le correlate regole sull'onere della prova) soltanto per il cosiddetto maggior danno²⁹⁰.

L'occasione dell'arbitrato semplificato presso l'Autorità di garanzia, invero, potrebbe essere "persa" laddove non si provvedesse a declinare – come previsto nel citato decreto – i criteri di indennizzo, così quantificando *ex ante* il danno risarcibile in Adr.

²⁸⁹ Il riferimento è all'articolo 8, comma 6, del decreto n. 179/2007, secondo cui: "6. La Consob con regolamento: a) definisce i criteri di determinazione dell'indennizzo, fissandone anche la misura massima; dall'indennizzo così determinato sono detratte tutte le somme percepite per la medesima violazione dal soggetto danneggiato a titolo di risarcimento del danno ovvero l'indennizzo di cui all'articolo 3; b) disciplina le modalità e le condizioni di accesso al Fondo".

²⁹⁰ Il riferimento è all'articolo 3 del decreto n. 179/2007, commi 1, 2 e 3, secondo cui "1. Nel caso in cui risulti, a seguito dell'esperimento delle procedure di cui all'articolo 5, l'inadempimento dell'intermediario agli obblighi di cui all'articolo 2, comma 1, l'arbitro o il collegio arbitrale possono riconoscere un indennizzo a favore dell'investitore per il ristoro delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dal predetto inadempimento. 2. La Consob con regolamento, sentita la Banca d'Italia, determina i criteri in base ai quali viene stabilito l'indennizzo di cui al comma 1. 3. E' fatto salvo il diritto dell'investitore di adire l'autorità giudiziaria ordinaria, anche per il riconoscimento del risarcimento del maggior danno subito in conseguenza dell'inadempimento, oltre all'indennizzo già stabilito".

CAPITOLO III

L'ARBITRATO PRESSO L'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

1. L'arbitrato Agcom in generale

Il terzo metodo alternativo giustiziale di risoluzione di controversie da esaminare nel presente lavoro è quello di arbitrato, residente presso l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom), specificamente dedicato alla risoluzione delle liti insorte tra utenti e operatori nel settore di competenza della medesima Autorità, vale a dire quello – vastissimo – delle cosiddette comunicazioni elettroniche, recentemente esteso, come noto, anche ai servizi postali²⁹¹.

Ciò significa, in altre parole, che il metodo ADR in questione permette la risoluzione di vicende relative ai contratti (ma non solo, come si vedrà) aventi ad oggetto la fruizione di servizi telefonici, Internet o Tv.

Si tratta, dunque, come è evidente, di un sistema ADR di larga diffusione, se soltanto si considera che, in via generale, già solo con riferimento al settore della

²⁹¹ L'ampliamento di competenza citato nel testo è stato previsto nel decreto legge n. 201 del 6 dicembre 2011, cosiddetto "decreto salva Italia", pubblicato nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana del 6 dicembre 2011, n. 284, supplemento ordinario n. 251, e convertito, con modificazioni, dalla legge n. 214 del 22 dicembre 2011, pubblicata nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana del 27 dicembre 2011, n. 300, supplemento ordinario n. 276. In particolare, l'articolo 21 del predetto decreto, dopo aver soppresso la neonata Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale, ne ha trasferito le competenze all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (sul punto si osserva che, effettivamente, nella maggior parte dei Paesi europei le competenze sul settore postale liberalizzato sono affidate ad Autorità indipendenti; per questo motivo l'Italia, perlomeno fino alla entrata in vigore della predetta norma, era in difetto rispetto ai dettami dell'Unione europea, stante l'assoggettamento della sopra indicata Agenzia al Ministero dello sviluppo economico). Ciò premesso, sotto il profilo della risoluzione delle controversie, oggetto del presente lavoro, il trasferimento di competenze è ancora troppo recente per poter qui influenzare la trattazione del tema di interesse: allo stato, infatti, l'Agcom ha istituito una Direzione Servizi Postali – suddivisa in tre Uffici di secondo livello (Regolamentazione, Vigilanza e Segnalazioni e rapporti con gli utenti) – ma ancora non è chiaro se e in quale modo si procederà a dirimere le controversie tra gli utenti e i professionisti aventi ad oggetto i servizi postali.

telefonia, può affermarsi che praticamente ogni persona è titolare di almeno un contratto telefonico (per la telefonia mobile), se non anche di due o più (per il caso in cui abbia più schede – come spesso avviene – ovvero sia anche titolare di un’utenza fissa, residenziale o affari).

A ciò si aggiunga che negli ultimi anni vi è stata una crescita significativa della contrattualistica relativa alla connessione Internet (anche separatamente da quella telefonica), nonché un’espansione dei servizi di pay TV, caratterizzati dalla diversificazione dei palinsesti e dalla concorrenza sui prezzi, con la conseguenza che il numero degli utenti potenzialmente interessati al servizio Adr qui in esame è cresciuto in maniera davvero significativa e che, a corollario, il metodo di risoluzione delle controversie qui in esame si è lentamente, ma costantemente, diffuso, pervenendo ad integrare un vero e proprio “modello” per altre Adr e, in definitiva, un piccolo “fiore all’occhiello”, da citare allorché si tratta, anche in sede europea e non solo, delle forme alternative di giustizia²⁹².

²⁹² In generale si vedano OROFINO, M., *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell’ordinamento multilivello*, Giuffré, Milano, 2008, NAPOLITANO, G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam, Padova, 2001, PARODI, C., PRESTI, L., *La nuova disciplina del settore telefonico*, Giappichelli, Torino, 2004, SBRESCIA, V.M., *L’Europa delle comunicazioni elettroniche. Regolazione e concorrenza nel nuovo assetto della governance economica europea*, Jovene Editore, Napoli, 2011. Nel testo, ci si riferisce, innanzitutto, al fatto che l’Autorità, su impulso e finanziamento comunitario, partecipa a varie attività di “gemellaggio” con altre Autorità del bacino Mediterraneo (da ultimo, con l’Autorità egiziana e con quella giordana), nell’ambito delle quali rende informazioni sulla propria esperienza affinché le predette Autorità straniere possano sviluppare i relativi settori; nel corso di dette attività, particolare interesse è sempre stato suscitato dal regolamento in materia di risoluzione delle controversie, del quale, in sostanza, in questa maniera si esporta il “modello”. In secondo luogo, il complessivo sistema di risoluzione delle controversie ideato dall’Agcom è stato anche oggetto di un recente pronunciamento della Corte di Giustizia europea (quarta sezione, sentenza 18 marzo 2010, procedimenti riuniti C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08). In particolare, la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della norma italiana che – recependo quanto previsto nella Direttiva comunitaria 2002/22/CE – ha stabilito che nel settore delle comunicazioni elettroniche, in caso di lite, prima di poter ricorrere al magistrato è obbligatorio esperire un tentativo di conciliazione disciplinato, appunto, dall’Agcom. In particolare, la Corte ha affermato che nella procedura stabilita dall’Autorità il principio di effettività (che, come noto, è il principio di rango comunitario secondo cui le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell’Unione – in questo caso si discuteva della possibilità di adire il Giudice – non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti) è rispettato. “Ciò perché emerge da diversi elementi che una procedura obbligatoria di conciliazione come quella di cui trattasi non è tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti ai singoli dalla direttiva in questione. Infatti, in primo luogo, il risultato della procedura di conciliazione non è vincolante nei confronti delle parti interessate e non incide sul loro diritto ad un ricorso giurisdizionale. In secondo luogo, la procedura di conciliazione non comporta, di regola, un ritardo sostanziale nella proposizione di un ricorso giurisdizionale. Infatti, il termine per chiudere la procedura di conciliazione è di

Deve comunque essere svolta una precisazione preliminare riguardo al funzionamento del metodo Adr predetto e, correlativamente, alla indagine oggetto del presente lavoro.

E' necessario, infatti, segnalare che la procedura dell'Agcom è costituita da un cosiddetto "sistema Adr misto e sequenziale", vale a dire – diversamente dai metodi sinora esaminati, ABF e Camera Consob – da un sistema strutturato per "fasi", disciplinate dal medesimo Regolamento²⁹³.

In particolare, invero, la prima fase – che, come si vedrà, è *obbligatoria* per legge per le controversie in materia di comunicazioni elettroniche – concerne il "tentativo di conciliazione", che può essere esperito dinanzi agli organi delegati dell'Agcom (i Comitati regionali per le comunicazioni, Corecom) ovvero dinanzi ad altri organi Adr, quali le Camere di commercio²⁹⁴ o le camere di conciliazione

trenta giorni a decorrere dalla presentazione della domanda e, alla scadenza di tale termine, le parti possono proporre un ricorso giurisdizionale, anche ove la procedura non sia stata conclusa. In terzo luogo, la prescrizione dei diritti è sospesa per il periodo della procedura di conciliazione. In quarto luogo, i costi derivanti dalla procedura di conciliazione dinanzi al Co.re.com sono inesistenti". obbligatoria anche "al di fuori" delle strutture dedicate dell'Agcom (vale a dire i Corecom).

²⁹³ Adottato con delibera n. 173/07/CONS pubblicata nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana n. 120 del 25 maggio 2007 e successive modifiche e integrazioni, recante – appunto – "*Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*".

²⁹⁴ La possibilità di svolgere la conciliazione obbligatoria anche "al di fuori" delle strutture dedicate dell'Agcom (vale a dire i Corecom) e quindi anche presso le Camere di Commercio (che da anni infatti operano nel settore) è stata prevista dall'Autorità sin dalle prime formulazioni del Regolamento controversie. Ad oggi, poi, a seguito della entrata in vigore del più volte citato decreto sulla mediazione, n. 28/2010, l'articolo 13 del Regolamento è stato modificato per far sì che lo svolgimento della procedura dinanzi alle CCIAA sia espletato secondo i dettami dell'Autorità e non secondo quelli del predetto decreto che, come noto, prevedono anche una serie di costi (prima inferiori) per gli utenti. Allo scopo, pertanto, nella nuova formulazione del Regolamento si fa cenno alla necessità di una convenzione tra l'Unioncamere e l'Autorità: "*In alternativa alla procedura conciliativa dinanzi al Co.re.com, gli interessati hanno la facoltà di esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione, anche in via telematica, dinanzi alle camere di conciliazione istituite presso le Camere di commercio, industria, artigianato ed agricoltura, previa stipula di apposito protocollo di intesa tra Unioncamere e l'Autorità*". Il predetto protocollo d'Intesa è stato infine stipulato nel mese di marzo 2012 e prevede, in estrema sintesi, la predisposizione di metodologie comuni per la trattazione delle controversie del settore, la riduzione dei costi applicati generalmente dalle CCIAA, nonché attività formative comuni. Il testo integrale del protocollo è reperibile sul sito istituzionale www.agcom.it. Per completezza si segnala che la procedura conciliativa potrebbe essere svolta anche dinanzi ad altri organismi di mediazione, come previsto dal comma 2bis del Regolamento Agcom: "*In casi eccezionali, al fine di garantire la presenza di organismi di conciliazione in determinate aree geografiche, l'Autorità*

paritetica organizzate dalle Associazioni dei consumatori e dalle Aziende, sulla base di singoli Protocolli di intesa²⁹⁵.

La seconda fase di arbitrato, invece, che è quella che qui interessa e nella quale si esprime il potere “giustiziale” dell’Autorità, è soltanto successiva ed eventuale, oltre che alternativa alla giustizia ordinaria.

In particolare, infatti, l’utente può richiedere il pronunciamento giustiziale dell’Autorità (vale a dire, in altre parole, la definizione in via amministrativa della lite) soltanto nel caso di fallimento, totale o parziale, della fase conciliativa,

può stipulare appositi protocolli con uno o più organismi di mediazione di cui all’articolo 1, lettera o), del presente Regolamento”.

²⁹⁵ Anche la possibilità di esperire la fase di conciliazione presso le sedi delle conciliazioni paritetiche è sancita nell’articolo 13 (comma 2) del Regolamento, secondo cui “... *l’utente ha altresì la facoltà di rivolgersi agli organismi istituiti con accordi tra gli operatori ed associazioni di consumatori rappresentative a livello nazionale, purché detti organismi operino nel rispetto dei principi di trasparenza, equità ed efficacia di cui alla Raccomandazione n. 2001/310/CE*”. L’importanza delle conciliazioni paritetiche quale strumento conciliativo a disposizione del cittadino in un settore particolarmente litigioso quale è quello delle comunicazioni elettroniche, è stata peraltro ribadita dal Presidente dell’Agcom nel corso dell’incontro con le Associazioni del luglio 2011 presso il CNCU. Nell’occasione, infatti, il Presidente definì la conciliazione paritetica come “*una delle tre gambe su cui si regge il sistema Agcom di risoluzione alternativa delle controversie*” (le altre due “gambe” sono i Corecom e le Camere di commercio) e, dopo averne lodato i metodi e i risultati, si disse consapevole delle difficoltà economiche cui devono far fronte le Associazioni per la sua realizzazione, ed anticipò quindi che “*valuteremo attentamente in sede di Consiglio l’opportunità di segnalare al Governo una modifica di legge che consenta di utilizzare almeno parte delle sanzioni AGCOM per progetti a favore dei consumatori*”. Tale segnalazione al Governo è infine giunta nel recente mese di febbraio 2012 ed ha riguardato, in generale, la possibilità di svolgere una serie di azioni a favore dei consumatori reinvestendo le somme ottenute tramite le sanzioni dell’Autorità (meccanismo peraltro già previsto per l’Autorità Antitrust e l’Autorità dell’energia elettrica e gas). Tra le altre attività suscettibili di finanziamento, peraltro, è stata indicata anche quella di conciliazione paritetica svolta dalle Associazioni. Si legge infatti nella Segnalazione al Governo che “*Si tratta di una forma conciliativa valida ed efficace, che la stessa Autorità ha ritenuto di valorizzare e accreditare, prevedendola come alternativa alla conciliazione dinanzi ai Co.re.com. nel proprio Regolamento sulle controversie (si veda l’articolo 13, comma 2, della delibera n. 173/07/Cons), che peraltro è stato citato come esempio anche a livello europeo ...*” poi sottolineando la necessità di reperire nuove forme di finanziamento: “*Basti pensare, ad esempio, ai costi che le Associazioni sopportano per assicurare il funzionamento della sopra descritta (ed utilissima) conciliazione paritetica. Tale strumento costituisce, innegabilmente, un impegno oneroso per le Associazioni, che devono ad essa destinare strumenti organizzativi e risorse decentrate, visti peraltro i numeri sempre crescenti dell’accesso alle forme ADR. Ne consegue che la cronica carenza di fondi da destinare all’attività rischia seriamente di minarne alla base l’efficacia, con ogni pregiudizievole conseguenza per gli utenti*”. Il testo completo della segnalazione è reperibile sul sito istituzionale dell’Autorità www.agcom.it.

peraltro entro termini ben scanditi, e soltanto laddove non preferisca rivolgersi alla Magistratura²⁹⁶.

Ciò premesso, va dunque riconosciuto che il motivo di una così ampia diffusione e notorietà del metodo giustiziale qui in esame non risiede soltanto nella numerosità dei soggetti contrattuali potenzialmente interessati (dovuta al fatto che, come accennato, il rapporto telefonico interessa, in sostanza, ogni italiano maggiorenne), ma anche in una serie di altri fattori che possono, in sintesi, ricondursi a scelte legislative nonché regolamentari (rispettivamente dello Stato e dell'Autorità preposta sopra citata) ovvero, sotto altro aspetto, alla intrinseca natura altamente "litigiosa" del settore di riferimento, vale a dire quello delle comunicazioni elettroniche.

Sotto il primo profilo, ci si riferisce al fatto che il metodo giustiziale di competenza dell'Agcom (la quale, come si vedrà, ha il potere di dirimere le controversie in una veste analoga a quella di un arbitro se non di un vero e proprio giudice) è, come detto, strettamente collegato al sistema della conciliazione nel settore delle comunicazioni elettroniche, nel senso che ne costituisce il "secondo

²⁹⁶ Così l'articolo 14 del regolamento, che ai primi 2 commi stabilisce che "1. Qualora il tentativo di conciliazione abbia avuto esito negativo, ai sensi dell'articolo 8, comma 3 e 12, commi 3 e 4, o per i punti ancora controversi nel caso di conciliazione parziale, le parti congiuntamente, o anche il solo utente, possono chiedere all'Autorità di definire la controversia. La parte che, avendo presentato istanza di conciliazione, non ha partecipato alla relativa procedura non può chiedere la definizione della controversia ai sensi del presente Capo, fatta salva la possibilità di far valere in giudizio le proprie ragioni. 2. Il deferimento della soluzione della controversia all'Autorità non può essere promosso ove siano decorsi più di tre mesi dalla data di conclusione del primo tentativo di conciliazione, ovvero qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia stata già adita l'Autorità giudiziaria". Si noti che fino alle recenti modifiche intervenute – a seguito di apposita consultazione pubblica – con la delibera n. 597/11/CONS (recante *Modifiche al Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche e utenti di cui alla delibera n. 173/07/CONS* e pubblicata nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana n. 295 del 20 dicembre 2011, il termine per richiedere la definizione amministrativa della lite dopo il fallimento della fase conciliativa era pari a 6 mesi. La diminuzione di tale termine che sembra esprimere, all'evidenza, la necessità di arginare il numero di richieste di definizione, nella delibera predetta è stata motivata come segue: "Si ritiene congruo ridurre il termine per proporre l'istanza a tre mesi dalla data di conclusione del tentativo di conciliazione, onde evitare che l'eccessivo prolungamento della procedura renda non agevole la ricostruzione dei fatti in causa, specificando altresì che detto termine decorre dal "primo" tentativo, eliminando così il rischio della riproposizione della conciliazione finalizzata ad una rimessione in termini (caso presentatosi spesso nella realtà). A tal proposito, dunque, non possono essere accolti i rilievi in senso contrario mossi da alcune Associazioni di consumatori, ancora una volta non potendosi surrogare le precise e motivate esigenze sottese alla modifica con istanze non supportate da adeguate motivazioni".

grado” di giudizio, o quantomeno così viene percepito dalla maggior parte degli utenti. Si tratta di un sistema di conciliazione che il Legislatore ha da tempo reso obbligatorio, con le finalità che, in sostanza, oggi sono state condivise fino a ricomprendere le numerose liti in materia civile e commerciale contemplate dal già citato decreto mediazione.

Ne consegue, all’evidenza, che il procedimento arbitrale Agcom gode, di riflesso, della notorietà (necessaria) di cui gode il predetto sistema di conciliazione obbligatoria cui è collegato.

In altre parole, tutti coloro (e sono davvero molti) che intendono avviare una lite avente ad oggetto un rapporto ricadente nell’ambito delle comunicazioni elettroniche sono – per legge – obbligati ad esperire un tentativo di conciliazione, che costituisce condizione di procedibilità dell’azione giudiziaria.

Pertanto, all’insorgere della lite, i soggetti interessati sono immancabilmente “dirottati” (dalle Associazioni di utenti e consumatori, dai legali di fiducia, dalle stesse controparti, se non anche dal Giudice che ne rileva il mancato esperimento) verso il sistema conciliativo del settore, che, nella pratica, è disciplinato dallo stesso Regolamento del sistema giustiziale/arbitrale qui in esame e si svolge dinanzi agli stessi soggetti (e tutto ciò, certamente, costituisce anche un tratto distintivo di questo sistema rispetto a quello in precedenza esaminato dell’Arbitro Bancario Finanziario).

Ne consegue che, nel momento in cui esperiscono la conciliazione obbligatoria, gli utenti entrano in contatto anche con la diversa realtà della “definizione amministrativa della lite”, vale a dire con il potere giustiziale attribuito all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e con la dettagliata regolamentazione – anche in materia di indennizzi – dalla stessa emanata; pertanto, in modalità che potrebbe quasi definirsi “automatica”, nei casi in cui l’esito delle conciliazione sia negativo, ovvero soltanto parziale, gli stessi utenti aderiscono spontaneamente al sistema giustiziale, avendo ormai acquisito

familiarità con il suo funzionamento generale e così, in definitiva, contribuendo alla sua diffusione²⁹⁷.

Sotto un ulteriore profilo, poi, la diffusione del metodo ADR di competenza dell'Agcom deriva certamente anche dalla sua particolare organizzazione territoriale, la quale, davvero unica nel suo genere e paragonabile soltanto a quella della Magistratura, prevede una dislocazione regionale (allo stato su quasi tutto il territorio nazionale), grazie alla presenza nei capoluoghi dei Comitati regionali per le comunicazioni (Co.re.com), già organi funzionali dell'Autorità per lo svolgimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, e nel tempo gradualmente delegati a svolgere ulteriori funzioni dell'Autorità, tra le quali vi è stata – a partire dal 1° gennaio 2010 – anche quella relativa della definizione amministrativa delle controversie.

Questa particolare configurazione permette dunque di disporre di un sistema ADR decisamente “a portata di utente” e, fondata sulla originale previsione dell'articolo 13 della Legge istitutiva dell'Autorità²⁹⁸, che già individuava i

²⁹⁷ Per questi motivi, infatti, come si vedrà più diffusamente in seguito, a partire dall'anno 2007 in Agcom cominciò a porsi seriamente il problema dell'elevato numero di procedimenti di definizione avviati e del conseguente sovraccarico di lavoro presso la struttura competente per l'istruttoria delle relative pratiche (Direzione tutela dei consumatori). Il problema è stato in gran parte poi risolto grazie alla sottoscrizione di un nuovo Accordo, tra l'Autorità e le Conferenze rappresentative, per il passaggio ai Co.re.com (Comitati regionali per le comunicazioni) delle deleghe, tra le altre, in materia di definizione delle controversie. Nello stesso senso di una volontà più o meno esplicita di arginare l'ormai dilagante ricorso al sistema di definizione amministrativa delle controversie con un effetto quasi sostitutivo della conciliazione, peraltro, possono essere lette alcune norme – piuttosto impopolari – della recente cosiddetta delibera indennizzi (n. 73/11/Cons, recante *Approvazione del regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti ed operatori e individuazione delle fattispecie di indennizzo automatico ai sensi dell'articolo 2, comma 12, lett. g), della legge 14 novembre 1995, n. 481*, pubblicata nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana n. 60 del 14 marzo 2011) che in sede di definizione della controversia appongono dei limiti al riconoscimento degli indennizzi per i casi in cui sia stata rifiutata, nella precedente sede della conciliazione obbligatoria, un'offerta congrua secondo le condizioni contrattuali applicabili (il riferimento è, in particolare, all'articolo 2, comma 1, del citato regolamento, secondo cui “*Il presente regolamento stabilisce i criteri per il calcolo degli indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra operatori e utenti finali, ai sensi dell'articolo 14 del Regolamento. Le disposizioni del presente regolamento non si applicano nei casi in cui l'operatore abbia già corrisposto gli indennizzi ai sensi delle norme contrattuali prima dell'instaurazione della controversia, o quando, all'esito della fase conciliativa, dal relativo verbale risultino l'impegno dell'operatore al riconoscimento degli indennizzi e le concrete modalità di corresponsione degli stessi*”).

²⁹⁸ Legge 31 luglio 1997, n. 249, “*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*”, pubblicata nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana n. 177 del 31 luglio 2007 e ripubblicata nella edizione n. 197 del 25

Co.re.com quali organi ausiliari del nuovo Garante, senza tuttavia declinarne le specifiche competenze (rimesse, nella norma citata, ad una contrattazione tra l'Autorità e le Conferenze rappresentative delle istituzioni regionali), è stata fortemente voluta dall'attuale consiliatura, la quale, con un impegno certamente non indifferente in termini politici, economici²⁹⁹ ed organizzativi³⁰⁰, ha dunque realizzato uno strumento Adr decentrato che, per quanto ancora relativamente recente, già sembra poter mantenere la promessa di tutela degli utenti che, con la sua creazione, si voleva assicurare.

Infine, si ritiene opportuno far notare che sembra decisamente innegabile che l'attuale diffusione del metodo di risoluzione alternativa delle controversie di competenza dell'Agcom deriva, oltre che dalle scelte normative sopra descritte, anche dalle caratteristiche specifiche della materia delle comunicazioni elettroniche cui esso è associato.

agosto 2007; si riporta in stralcio il citato articolo 13 (Organi ausiliari. Comitati regionali per le comunicazioni): (...) *Riconoscendo le esigenze di decentramento sul territorio al fine di assicurare le necessarie funzioni di governo, di garanzia e di controllo in tema di comunicazione, sono funzionalmente organi dell'Autorità i comitati regionali per le comunicazioni, che possono istituirsi con leggi regionali entro sei mesi dall'insediamento, ai quali sono altresì attribuite le competenze attualmente svolte dai comitati regionali radiotelevisivi. L'Autorità, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, individua gli indirizzi generali relativi ai requisiti richiesti ai componenti, ai criteri di incompatibilità degli stessi, ai modi organizzativi e di finanziamento dei comitati. Entro il termine di cui al secondo periodo e in caso di inadempienza le funzioni dei comitati regionali per le comunicazioni sono assicurate dai comitati regionali radiotelevisivi operanti. L'Autorità d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano adotta un regolamento per definire le materie di sua competenza che possono essere delegate ai comitati regionali per le comunicazioni.* (...).

²⁹⁹ L'Autorità naturalmente contribuisce con proprie risorse – che, come noto, provengono dal mercato cui essa presiede e non dallo Stato – al finanziamento dei Comitati. In particolare, l'ultimo piano dei finanziamenti è illustrato in una tabella allegata all'Accordo quadro del 4 dicembre 2008 sul conferimento delle deleghe. Al riguardo si segnala che il sistema prescelto prevede che i finanziamenti siano proporzionali al numero delle controversie trattate.

³⁰⁰ Le strutture dell'Autorità competenti nelle materie delegate, infatti, si adoperano (in base al principio di “leale collaborazione” che deve permeare, secondo quanto previsto nell'Accordo quadro, il rapporto fra l'Autorità stessa e i Co.re.com delegati) affinché i Comitati acquisiscano l'expertise necessaria allo svolgimento delle deleghe. Conseguentemente, i responsabili delle strutture, per il tramite dell'Ufficio di gabinetto dell'Autorità, intrattengono una continua interlocuzione con i responsabili dei Comitati, fornendo chiarimenti anche informali, organizzando riunioni o seminari di approfondimento ovvero garantendo il supporto – all'occorrenza anche di risorse umane – di volta in volta richiesto.

Ed invero se da un lato, come già accennato, praticamente ogni persona maggiorenne è potenzialmente un utente del servizio ADR (in quanto certamente titolare di uno o più contratti nel vasto panorama dei servizi di comunicazione elettronica), sotto altro e connesso profilo va anche rilevata l'estrema litigiosità che generalmente caratterizza i rapporti del settore, la quale, verosimilmente, può essere spiegata proprio in considerazione delle specificità della materia.

Si pensi, ad esempio, alle elevate esigenze comunicative della nostra società (anche recentemente acuite grazie alla diffusione dei cosiddetti *Social network*), che determinano, più o meno intensamente, la volontà dell'utente di richiedere uno specifico servizio e che sono suscettibili di essere (drammaticamente) lese nel momento in cui la comunicazione dovesse essere interrotta per qualsivoglia motivo, così da necessitare un intervento efficace ed urgente o quantomeno riparatore della perdita subita.

Oppure si rifletta sulla continua evoluzione tecnologica del settore delle comunicazioni elettroniche e sulla varietà delle offerte presenti sul mercato (in termini di prezzi, servizi, accessori e così via), che, pur gradite agli utenti del settore, che possono fruire di standard sempre più soddisfacenti di comunicazione, possono, per converso ed in taluni casi, trasformarsi in un vero e proprio ostacolo al godimento della prestazione promessa³⁰¹ o in un elemento destabilizzante del

³⁰¹ Emblematico, sul punto, può essere il caso del passaggio dalla Tv analogica a quella digitale, che, per la sua intrinseca "modernità" di fruizione (comportante, per esempio, il riassetto dell'originario sistema di ordinamento automatico dei canali sul telecomando ovvero la necessità di dotarsi di un apposito decoder) ha causato non pochi problemi ad alcune delle categorie di utenti considerate più deboli (tipicamente, agli anziani).

correlato diritto di scelta³⁰², con ogni defatigante conseguenza in termini di patologia del rapporto contrattuale e di ricerca di metodi per la risoluzione della lite.

Da ultimo, ma certamente non per importanza, si consideri – come indubitabile causa o aggravante del livello di litigiosità che caratterizza il settore – la oggettiva difficoltà di “comunicazione”, da intendersi come dialogo paritario, che si rileva fra le parti del rapporto e che è dovuta – con esasperazione della parte più debole – ad una intrinseca diversità fra le stesse.

Tale diversità, più precisamente, deriva dal fatto che mentre il singolo utente (anche nel caso di utente cosiddetto *business*) è chiaramente individuabile nella sua unicità (non fosse altro che per il numero di utenza o per il codice cliente), l’operatore è sempre un soggetto professionale con un’organizzazione strutturata e diversificata che, pur essendo nella maggior parte dei casi multiterritoriale, tuttavia non offre un servizio residente a livello di utente raggiungibile fisicamente in caso di necessità (come può essere quello di cui si gode presso una filiale bancaria), bensì rimanda a forme di comunicazione a distanza (*call center*), spesso percepite come inadeguate, se non assolutamente carenti³⁰³.

³⁰² La varietà dell’offerta determinata dal buon livello di concorrenza nei mercati liberalizzati in taluni casi può paradossalmente comportare una maggiore difficoltà nella individuazione dell’offerta più idonea alle proprie esigenze di consumo. Non a caso, infatti, sia a livello comunitario che nazionale è sempre più avvertita l’esigenza di mettere a disposizione degli utenti strumenti per la comparazione delle offerte dei vari operatori (si veda, ad esempio, sul punto il documento stilato dal BEREC – *Body of European Regulators for Electronic Communication* – in materia di *Net neutrality* e possibili forme di tutela dell’utenza. Inoltre, ormai anche nel nuovo “pacchetto” di Direttive in materia di comunicazioni elettroniche, attualmente in fase di recepimento, la comparabilità delle informazioni ha assunto un ruolo primario nell’ambito delle disposizioni in tema di trasparenza. A livello nazionale, invece, l’Autorità già da tempo, con la delibera n. 126/07/CONS, recante “*Misure a tutela dell’utenza per facilitare la comprensione delle condizioni economiche dei servizi telefonici e la scelta tra le diverse offerte presenti sul mercato ai sensi dell’articolo 71 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259*”, pubblicata nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana n. 99 del 30 aprile 2007, ha regolamentato strumenti per permettere la confrontabilità delle offerte di uno stesso operatore e di tutti gli operatori tramite appositi motori di calcolo gestiti da soggetti indipendenti, che possono peraltro richiedere all’Autorità di essere accreditati).

³⁰³ Non è un caso, infatti, che l’Autorità abbia dedicato una specifica regolamentazione ai servizi di *call center* degli operatori telefonici (delibera n. 79/09/CSP, recante Direttiva in materia di qualità dei servizi telefonici di contatto (*call center*) nel settore delle comunicazioni elettroniche, pubblicata nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana n. 127 del 4 giugno 2009) nella quale, oltre a stabilire i principi e i criteri organizzativi del servizio di *call center*, che deve peraltro essere

In conclusione, per comprendere per quale motivo la litigiosità descritta è spontaneamente canalizzata verso il sistema ADR in esame, si aggiunga anche una riflessione sul valore generalmente contenuto delle singole patologie contrattuali (si pensi ad una bolletta da contestare o ad una temporanea, ma comunque fastidiosa, sospensione della linea), le quali, peraltro, non soltanto non “valgono” il ricorso alla Magistratura (in termini di tempo e di denaro), ma, in definitiva, il più delle volte non valgono neanche lo scioglimento del rapporto contrattuale (in termini di ricerca e confronto, manifestazione della volontà di recedere tramite raccomandata, sostituzione degli apparati, ecc..).

Ne consegue che, in mancanza di un sistema alternativo di giustizia, gli utenti si ritroverebbero a subire *tout court* gli inadempimenti – più o meno gravi – senza neanche determinare per l’operatore una (sacrosanta) perdita di clientela.

fornito gratuitamente, sono state anche dettate regole specifiche sulla qualità delle *performance*, fissando, in pratica, gli obiettivi da raggiungere entro un triennio (ormai giunto alla fine), principalmente in termini di “attesa” al telefono prima di riuscire a parlare con un operatore addetto al call center. Più precisamente, l’Autorità ha imposto su base triennale una diminuzione progressiva del tempo (misurato in secondi) dalla stessa fissato sia con riferimento al cosiddetto “tempo di navigazione” (che consiste nell’intervallo di tempo intercorrente tra il momento in cui viene completata correttamente la selezione del numero del servizio telefonico e quello in cui può essere selezionata dall’utente chiamante la scelta che consente di parlare con un addetto, per presentare un reclamo) sia del cosiddetto “tempo di attesa” (che consiste nell’intervallo di tempo intercorrente tra il momento in cui viene selezionata dall’utente la scelta di parlare con un addetto del call center all’interno del sistema interattivo di risposta (IVR) e l’effettivo inizio della conversazione). Sul punto peraltro si segnala che è attualmente in consultazione (con la delibera n. 711/11/CONS, *Avvio del procedimento di consultazione pubblica per l’approvazione di Nuove disposizioni in materia di carte dei servizi e qualità dei servizi di televisione a pagamento ai sensi dell’art. 1, comma 6, lett. b), n. 2 della legge 31 luglio 1997, n. 249 e modifiche alle Direttive approvate con le delibere n. 179/03/CSP, n. 278/04/CSP e n. 79/09/CSP*, pubblicata con avviso nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana n. 25 del 31 gennaio 2012) una proposta di regolamentazione finalizzata ad estendere la predetta disciplina anche al settore delle pay tv (i cui obiettivi di qualità per i call center, allo stato, sono “liberi”, cioè non imposti dall’Agcom, e, soprattutto, i cui call center sono a pagamento).

2. Il fondamento normativo del potere giustiziale dell'Agcom

Il sistema ora descritto trova un primo riferimento normativo nelle disposizioni di cui alla Legge 14 novembre 1985, n. 481³⁰⁴, che è la legge che ha sancito i principi generali per l'istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, tra le quali rientra anche l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

In particolare, all'articolo 2, comma 20, lettera e), vi è un primo riferimento alle procedure di *conciliazione* o di *arbitrato* presso le Autorità di regolazione, alle quali è in quella sede attribuito il potere di emanare provvedimenti temporanei per assicurare, in sostanza, la corretta fruizione dei servizi ed urgenti in pendenza della lite.

Si tratta del primo accenno al cosiddetto “potere cautelare” dell'Autorità, di cui si dirà meglio più avanti, che dota il procedimento amministrativo di definizione delle liti di uno strumento davvero eccezionale nel panorama delle Adr, paragonabile a quello della Magistratura, ma, in realtà, ancora più veloce³⁰⁵.

Nel successivo comma 24, lettera a), poi, è prevista l'approvazione di regolamenti per lo svolgimento delle predette procedure di arbitrato e di conciliazione, con particolare riferimento a “*i criteri, le condizioni, i termini e le modalità per l'esperimento di procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio presso le Autorità nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio*”.

Nella medesima disposizione, inoltre, sono (sin da allora) fissate due caratteristiche fondamentali dell'attuale procedura di risoluzione delle controversie residente presso l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, che la distinguono in maniera determinante dalle altre esaminate nel presente lavoro:

³⁰⁴ “Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità”, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale della repubblica italiana n. 270 del 18 novembre 1995)

³⁰⁵ Salvo il caso, naturalmente, in cui la Magistratura adotti un provvedimento cautelare *inaudita altera parte*.

da un lato, infatti, nella norma è sancita la natura di condizione di procedibilità, rispetto all'azione giurisdizionale, delle predette procedure Adr (*“Fino alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle istanze di conciliazione o di deferimento agli arbitri, sono sospesi i termini per il ricorso in sede giurisdizionale che, se proposto, è improcedibile”*) e, dall'altro, è affermata la regola – fondamentale per l'effettività della tutela – che *“Il verbale di conciliazione o la decisione arbitrale costituiscono titolo esecutivo”*.

Ciò previsto in via generale sin dal 1985 per tutte le Autorità di regolazione, per la trasposizione nel settore delle comunicazioni elettroniche si dovette poi attendere la già richiamata legge istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, n. 249 dell'anno 1997, la quale tra l'altro modificò sostanzialmente l'originaria previsione della legge del 1985, precisando che la disciplina delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie rientrava nelle competenze regolamentari dell'Autorità, e non più in quelle governative.

Al comma 11 dell'articolo 1 della legge, infatti, è stabilito che *“l'Autorità disciplina con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze”* (oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro).

Anche in questa disposizione, inoltre, è ribadita la natura di condizione di procedibilità delle procedure conciliative, ma con la significativa precisazione del termine entro cui esse debbono essere concluse: *“Per le predette controversie, individuate con provvedimenti dell'Autorità, non può proporsi ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'Autorità. A tal fine, i termini per agire in sede giurisdizionale sono sospesi fino alla scadenza del termine per la conclusione del procedimento di conciliazione”*.

Occorre far notare, peraltro, che la norma sopra riportata va letta in combinato con l'articolo 1, comma 6, lettera 14), che, nell'elencare le competenze della Commissione per le infrastrutture e le reti – la quale, come noto, è uno dei

tre organi collegiali dell'Autorità³⁰⁶ –, stabilisce, con dizione non proprio chiarissima in ordine alle forme e modalità, che la medesima “*interviene nelle controversie tra l'ente gestore del servizio di telecomunicazioni e gli utenti privati*”³⁰⁷. E' a questa specificazione, pertanto, che risale la competenza della Commissione Reti a definire le controversie tra gli utenti e gli operatori, di cui si dirà meglio più avanti.

Poco dopo l'emanazione della legge istitutiva dell'Autorità ed a ridosso dell'inizio della sua attività, i metodi di risoluzione alternativa delle liti furono nuovamente contemplati nel coevo Decreto del Presidente della repubblica 19 settembre 1997, n. 318³⁰⁸, che attuava le Direttive comunitarie in materia di telecomunicazioni per disciplinare, in via generale, il (complicato) passaggio dal regime di monopolio alla liberalizzazione dei servizi di telecomunicazioni.

In particolare, l'art. 18 del DPR, rubricato “*Conciliazione e risoluzione delle controversie*”, al suo primo comma poneva, *in nuce*, la base della disciplina con una disposizione che, anche se oramai travolta, mantiene certamente una sua attualità rispetto al tema, qui in esame, del potere giustiziale dell'Autorità.

Nel Decreto, in primo luogo, si provvedeva ad indicare all'Autorità (che, come visto, aveva ormai attribuito il potere regolamentare in materia di

³⁰⁶ Si ricorda che ai sensi della legge n. 249/1997, gli altri due organi collegiali dell'Autorità sono il Consiglio (formato dagli otto Commissari e dal Presidente), nonché la Commissione servizi e prodotti, formata da quattro Commissari e dal Presidente. Al riguardo può essere interessante segnalare che la ripartizione di competenze fra gli organi collegiali originariamente contemplata nella legge istitutiva è stata man mano riscritta – come d'altro canto possibile, poiché previsto nella medesima legge – tramite norme emanate dalla medesima Autorità; ad oggi, dunque, le maggiori competenze sono attribuite all'Organo collegiale costituito nella sua composizione massima, vale a dire al Consiglio, così ribaltando quello che sembrava essere il disegno del Legislatore nel prevedere due Commissioni specializzate. Va inoltre rilevato che, con il già citato decreto “salva Italia”, i membri dell'Autorità sono stati ridotti da nove a cinque, compreso il Presidente, con decorrenza dalla prossima consiliatura, che dovrà insediarsi dopo la scadenza dell'attuale, prevista per i primi giorni del prossimo mese di maggio 2012.

³⁰⁷ Il precedente n. 10 del medesimo comma, peraltro, si occupa di richiamare il potere cautelare dell'Autorità, già previsto dalla citata legge n. 481/1995, stabilendo che la Commissione “*riceve periodicamente un'informativa dai gestori del servizio pubblico di telecomunicazioni sui casi di interruzione del servizio agli utenti, formulando eventuali indirizzi sulle modalità di interruzione. Gli utenti interessati possono proporre ricorso all'Autorità avverso le interruzioni del servizio, nei casi previsti da un apposito regolamento definito dalla stessa Autorità*”.

³⁰⁸ *Regolamento per l'attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni*, pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 204 del 2 settembre 1998.

risoluzione delle controversie, in base a quanto previsto dalla precedente legge n. 249/1997) la necessità di rispettare i principi comunitari in materia di risoluzione alternativa delle liti che ancora oggi governano le procedure; inoltre, si indicava chiaramente anche il potere della medesima Autorità di definire le controversie in maniera “vincolante” per le parti.

La norma, prevedeva, infatti, che *“L’Autorità stabilisce procedure di conciliazione facilmente accessibili e poco onerose per un’equa, tempestiva e trasparente composizione delle controversie tra utenti ed organismi di telecomunicazioni e fra organismi di telecomunicazioni tra di loro. In caso di mancato accordo l’Autorità definisce il contenzioso mediante un atto vincolante tra le parti”*.

Inoltre, nella norma specificamente dedicata ai rapporti con gli utenti (articolo 16), si stabiliva, all’ultimo comma, che *“I contratti devono contenere indicazioni riguardanti modalità per avviare procedure di conciliazione per la risoluzione di controversie”*, così mirando ad ampliare la conoscenza delle forme alternative di giustizia da parte degli utenti.

Sulla base di queste disposizioni l’Autorità emanò, nell’anno 2002, la delibera n. 182/02/Cons³⁰⁹, con la quale fu approvato il primo Regolamento di procedura per la risoluzione alternativa delle liti che, come quello attuale, aveva un doppio impianto, in quanto finalizzato a disciplinare sia la fase obbligatoria di conciliazione, da svolgersi dinanzi ai Co.re.com ovvero alle (già funzionanti) Camere di commercio, sia quella – facoltativa – di definizione della controversia dinanzi all’Autorità³¹⁰.

³⁰⁹ La delibera, pubblicata nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana n. 167 del 18 luglio 2002, era espressamente adottata ai sensi dell’art. 1, comma 11, della legge n. 249/1997 e recava *“Adozione del regolamento concernente la risoluzione delle controversie insorte nei rapporti tra organismi di telecomunicazioni ed utenti”*.

³¹⁰ Nel vigore di detto Regolamento l’Autorità ha sottoscritto il primo Accordo quadro con le Conferenze rappresentative previste nel già citato art. 1, comma 13, della Legge n. 249/1997, così determinando l’avvio del passaggio ai Co.re.com delle deleghe in materia di conciliazione obbligatoria delle controversie. Tale passaggio, che si è sviluppato gradualmente sul territorio, è iniziato nell’anno 2004; fino a tale data, pertanto, la fase di conciliazione obbligatoria doveva essere svolta dinanzi alle Camere di commercio, che, all’epoca, erano praticamente gli unici organismi attivi cui l’art. 12 del regolamento sembrava rinviare nel prevedere che *“Gli utenti hanno la facoltà di esperire, in alternativa al tentativo di conciliazione presso i Corecom di cui alla presente Sezione, un tentativo di conciliazione dinanzi agli organi non giurisdizionali di*

Detto Regolamento, nel quale era espressamente richiamata la già esaminata Raccomandazione della Commissione n. 2001/310/CE, sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materie di consumo, ha dunque costituito l'apprezzabile base di avvio dell'attività giustiziale dell'Autorità, la quale, visto lo specifico impianto procedurale (ancora oggi valido), veniva interpellata solamente nei casi in cui la precedente fase conciliativa avesse avuto un esito negativo o comunque parziale³¹¹.

Il Regolamento approvato con la delibera del 2002 è rimasto efficace fino all'anno 2007 ed ha "tenuto" il sistema di definizione delle controversie anche grazie ad una attenta e flessibile applicazione da parte dell'Autorità, la quale, al passo con l'aumento del numero di *competitors* sul mercato, con la crescente consapevolezza degli utenti in merito ai diritti loro riconosciuti e con l'incessante innovazione tecnologica, ha saputo adottare le (all'epoca pochissime) decisioni sfruttando al massimo le maglie del Regolamento per assicurare l'effettività della tutela giustiziale richiesta.

Tuttavia, nel tempo si è resa impellente la necessità di una nuova base normativa per l'adozione dei provvedimenti di condanna nei confronti degli operatori e, peraltro, il significativo aumento della "domanda giustiziale", con un conseguente vero e proprio "intasamento" della struttura dell'Autorità competente per la fase istruttoria della definizione delle controversie, ha reso manifesta la necessità di ipotizzare l'avvio di un passaggio di deleghe ai Co.re.com non più soltanto per la fase di conciliazione obbligatoria, ma anche per quella, eventuale e facoltativa, di definizione vincolante delle controversie. Diveniva dunque necessario procedere ad un adeguamento regolamentare.

risoluzione delle controversie in materia di consumo che rispettino i principi sanciti dalla Raccomandazione della Commissione 2001/310/CE".

³¹¹ Art. 13, comma 1, del vecchio Regolamento: "*Qualora il tentativo di conciliazione abbia avuto esito negativo, o per i punti ancora controversi nel caso di soluzione parziale, le parti congiuntamente, o anche il solo utente, possono chiedere all'Autorità di definire la controversia ai sensi dell'art. 18, comma 1, del d.P.R. n. 318/1997*".

Il Codice delle comunicazioni elettroniche³¹², nel frattempo entrato in vigore, ha costituito la nuova base fondante di tale adeguamento, sancendo espressamente la possibilità di liquidare un indennizzo per gli utenti, il che certamente costituisce uno dei tratti distintivi più apprezzati del sistema arbitrale qui in esame.

In particolare, l'articolo 84 del Codice prevede ora che l'Autorità, ai sensi dell'articolo 1, commi 11, 12 e 13 della legge 31 luglio 1997, n. 249, adotta procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose per l'esame delle controversie in cui sono coinvolti i consumatori e gli utenti finali, relative alle disposizioni di cui al Capo IV del Titolo II del Codice³¹³, tali da consentire un'equa e tempestiva risoluzione delle stesse, prevedendo nei casi giustificati un sistema di rimborso o di indennizzo.

In applicazione di tale previsione, l'Autorità, nel maggio 2007, ha infine adottato la delibera n. 173/07/Cons, con la quale è stato approvato il nuovo *Regolamento in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti*, che ancora oggi, sebbene più volte emendato (da ultimo nel dicembre 2011, con la già citata delibera

³¹² Decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante "Codice delle comunicazioni elettroniche", pubblicato nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana n. 214 del 15 settembre 2003, supplemento ordinario n. 150. Per completezza si segnala che il Codice è attualmente in fase di rivisitazione, dovendo essere interessato dalle modifiche necessarie al recepimento delle nuove Direttive comunitarie in materia di comunicazioni elettroniche, secondo quanto previsto dalla Legge comunitaria 2010. Allo stato, la riformulazione dell'attuale articolo 84 del Codice – riportato *infra* nel testo – sarebbe la seguente: "1. L'Autorità, ai sensi dell'articolo 1, commi 11, 12 e 13 della legge 31 luglio 1997, n. 249, adotta procedure extragiudiziali trasparenti, non discriminatorie, semplici e poco costose per l'esame delle controversie tra i consumatori e le imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, relative alle disposizioni di cui al presente Capo ed inerenti alle condizioni contrattuali o all'esecuzione dei contratti riguardanti la fornitura di tali reti o servizi. Tali procedure: a) consentono un'equa e tempestiva risoluzione delle controversie e prevedendo, nei casi giustificati, un sistema di rimborso o di indennizzo; b) permettono una composizione imparziale delle controversie e non privano i consumatori della tutela legale loro garantita dal diritto nazionale". In argomento si vedano SBRESCIA, V.M., *L'Europa delle comunicazioni elettroniche. Regolazione e concorrenza nel nuovo assetto della governante economica europea*. Jovene Editore, Napoli, 2011 e OROFINO, M., *Il Telecom package: luci ed ombre di una riforma molto travagliata*, in *Riv. Trim. dir. pubbl. com.*, 2, 2010, 514.

³¹³ Si tratta del Capo dedicato al Servizio Universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica, nel quale si rinviengono le norme principali sulla fruizione del servizio universale, sulla trasparenza delle informazioni, sui contratti, e così via.

597/11/Cons), costituisce la base normativa delle procedure arbitrali che si svolgono dinanzi all'Autorità.

3. La notorietà e la diffusione del sistema giustiziale dell'Agcom

Si è già detto che un primo indicatore di qualità di un servizio ADR è quello della sua notorietà e diffusione tra il potenziale pubblico, non essendo concepibile che un sistema non conosciuto – per quanto ben congegnato – possa essere idoneo, nei fatti, a fornire adeguata soluzione al problema delle liti.

Va allora compreso se la procedura di definizione amministrativa delle controversie tra utenti e operatori residente presso l'Agcom possa essere considerata una valida alternativa alla giustizia ordinaria già sotto questo primo profilo, valutando il suo livello di notorietà tra i potenziali utenti del servizio e, correlativamente, la sua diffusione come metodo di soluzione della lite.

Al riguardo si può innanzitutto osservare che, come già accennato, la procedura è piuttosto conosciuta nel settore o, perlomeno, è nota ai più la sua esistenza. E' dunque verosimile ritenere che, in caso di necessità (vale a dire all'esito negativo o parziale della fase di conciliazione obbligatoria, che "gioco-forza" è conosciuta in quanto è, appunto, obbligatoria), qualsiasi utente è attualmente informato sulla disponibilità di un sistema amministrativo di risoluzione della lite, alternativo a quello della giustizia ordinaria e finalizzato alla emanazione di un atto vincolante idoneo a dirimere la controversia in maniera definitiva.

Questa circostanza certamente deriva, in gran parte, dalla già spiegata "contiguità" della procedura di definizione amministrativa con quella della conciliazione obbligatoria e dal fatto che entrambe le procedure si svolgono diffusamente sul territorio, a livello perlomeno regionale (la fase di definizione) se non più capillare (la fase di conciliazione, per le ipotesi in cui essa si svolga dinanzi alle Camere di commercio ovvero presso le predette conciliazioni paritetiche istituite tra le Associazioni di consumatori e le Aziende).

Detta “contiguità” (tra le due procedure e tra la procedura di definizione e l’utente), all’evidenza, rende più agevole la conoscenza del metodo Adr qui in esame e, al contempo, ne stimola la diffusione.

Sotto quest’ultimo profilo va infatti notato che la sede di definizione amministrativa delle controversie stanziata presso i Comitati regionali non soltanto costituisce una “sede domestica” di risoluzione della lite (il che già potrebbe essere determinante per la scelta dell’utente del servizio), ma costituisce, altresì, una sede “appena sperimentata”, dunque nota e più sicura, per lo svolgimento del tentativo obbligatorio di conciliazione appena concluso³¹⁴.

Le sopra esposte argomentazioni possono d’altro canto essere confermate dalla lettura dei più recenti dati pubblicati dalla stessa Autorità in occasione della presentazione al Parlamento della Relazione annuale sui lavori svolti, avvenuta il 7 luglio 2011 con riferimento al periodo di attività 1° maggio 2010 – 30 aprile 2011³¹⁵.

Nella Relazione, in particolare, nella Parte III, dedicata a “*Gli interventi dell’Autorità*” e, nello specifico, al paragrafo 3.29 “*Le controversie tra utenti ed operatori*”, sono indicate oltre mille istanze di definizione ricevute direttamente dall’Autorità nel periodo di riferimento (il numero esatto è 1008) le quali esprimono, peraltro, rispetto alle istanze ricevute dalla medesima Autorità

³¹⁴ D’altro canto, erano esattamente questi gli obiettivi che l’Autorità intendeva realizzare allorquando ha ipotizzato il trasferimento della funzione delegata di definizione delle controversie ai Comitati regionali per le comunicazioni. In occasione del convegno svolto il 19 marzo 2009 presso la Sala delle Colonne della Camera dei Deputati per l’illustrazione del processo attuativo di attribuzione delle deleghe in tema di comunicazione, il Presidente dell’Autorità, Corrado Calabrò, ha infatti ricordato come “*se volessimo guardare al sistema delle comunicazioni sotto un profilo istituzionale, in cui operano, in modo integrato diverse istituzioni (Commissione europea, Autorità, Ministero dello sviluppo economico, Regioni), il sistema avrebbe la sembianza di una “rete”, in cui l’istituzione, terminale, più prossima al cittadino, è rappresentata dai Co.re.com., che sono dunque “l’ultimo miglio”, il local loop del governo delle comunicazioni: vicini al cittadino, in grado di realizzare al meglio la prossimità delle garanzie, dei servizi e dei diritti fondamentali riconosciuti dall’ordinamento delle comunicazioni. Rafforzare i Co.re.com. significa, quindi, avvicinare al cittadino i centri decisionali, accrescere la possibilità di accesso a una serie di servizi. Significa, in termini generali, realizzare il principio di sussidiarietà, previsto dalla nostra carta costituzionale e dal trattato europeo, che mira a garantire che le decisioni siano adottate il più vicino possibile al cittadino, verificando che l’azione da intraprendere a livello centrale si coniughi con quella che va svolta a livello locale*”.

³¹⁵ La Relazione annuale 2011, nonché le precedenti citate *infra* nel testo, sono pubblicate, nella loro interezza, sul sito istituzionale dell’Autorità, www.agcom.it.

nell'anno precedente, una riduzione del 38%, dovuta all'avvio delle attività di definizione presso alcuni Comitati regionali per le comunicazioni ai quali, dunque, gli utenti possono ormai rivolgersi direttamente (in particolare presso i XXX Comitati che hanno già avviato l'esercizio delle deleghe in materia)³¹⁶.

Se si prosegue nella lettura, poi, nella Parte IV della Relazione *“L'Autorità: rapporti istituzionali e organizzazione”*, al paragrafo 4.2.1 su *“I Comitati regionali per le comunicazioni”*, è spiegato che *“.. il processo di ulteriore decentramento di funzioni, così come previsto dall'Accordo quadro del 2008, ha raggiunto importanti obiettivi portando a quasi 34 milioni la quota di popolazione italiana che dispone di un riferimento locale per le questioni che riguardano il settore delle comunicazioni”*.

I nove Comitati già attivi, in particolare, nel periodo di riferimento hanno ricevuto oltre duemila e cinquecento istanze di definizione amministrativa della controversia (il numero esatto è 2.517)³¹⁷, che devono dunque essere sommate a quelle che, in pendenza del completamento del processo di decentramento di funzioni, ancora pervengono alla Direzione tutela dei consumatori dell'Autorità. Ne consegue che nell'arco di dodici mesi il numero totale di istanze pervenute è superiore a tremila e cinquecento.

Non vi è dubbio, allora, che i motivi di una simile, diffusa, “domanda giustiziale” siano da ricondurre ad un buon livello di informazione sulla disponibilità del metodo alternativo nel suo complesso nonché alla sempre più estesa rete di “fori domestici”, vicini al luogo in cui insorge e si sviluppa la controversia, da ritenere determinanti nella decisione delle vie da intraprendere per la tutela dei propri diritti.

³¹⁶ Confronta Relazione annuale dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, anno 2011, pubblicata sul sito web www.agcom.it, pag. 351 e ss.: *“Con riferimento alla seconda fase va premesso che a partire dall'ottobre del 2009 è stato avviato un processo di decentramento regionale anche per tale attività, ed attualmente sono nove i Co.re.com. delegati anche alla definizione delle controversie. In virtù dell'avanzamento di detto processo di decentramento le istanze di deferimento delle controversie, pervenute alla Direzione tutela dei consumatori nel periodo 1° maggio 2010 – 31 marzo 2011, sono diminuite del 38% rispetto allo stesso periodo del precedente anno, attestandosi al numero di 1008”*.

³¹⁷ Cfr. Relazione citata, pag. 402.

Ciò è ulteriormente confermato dal confronto con i medesimi dati sopra richiamati riferiti agli anni precedenti: nella Relazione annuale presentata nell'anno 2010 (e riferita al periodo 1° maggio 2009 – 30 aprile 2010), la somma delle istanze di definizione della controversia ricevute direttamente dall'Autorità e di quelle ricevute dai Comitati regionali al tempo già attivi era di poco superiore a 2000.

Nell'anno precedente, invece, quando ancora i Comitati non esercitavano la funzione delegata di definizione delle controversie, il numero di mille e seicento istanze pervenute alla Direzione tutela dei consumatori dell'Autorità (unica struttura che al tempo svolgeva tale compito), pur essendo ragguardevole, era comunque inferiore alla metà del sopra indicato numero di istanze attualmente distribuite sul territorio nazionale³¹⁸.

Fermo quanto sopra, giova osservare che anche altri fattori possono essere ricordati per spiegare l'attuale diffusione del metodo Adr qui in esame, che costituisce, al tempo stesso, indice e garanzia del fatto che esso possa costituire una valida alternativa alla giustizia ordinaria con riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche.

Sotto un primo profilo, devono essere segnalate le attività di divulgazione di informazioni che la stessa Autorità impone agli operatori ovvero effettua direttamente.

Per ciò che concerne gli obblighi informativi, nella Direttiva emanata con la delibera n. 179/03/Csp³¹⁹ per disciplinare l'adozione, da parte degli operatori nei rapporti con la clientela, di una serie standard comportamentali e di qualità dei servizi, l'Autorità ha avuto specifico riguardo alla necessità che l'utente – nel momento patologico del rapporto, che inizialmente si estrinseca nella fase di

³¹⁸ Cfr. Relazione annuale dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, anno 2009, pubblicata sul sito web www.agcom.it, Parte II, paragrafo 2.21 *"I rapporti con i consumatori e utenti"*, sezione sulla *"Attività di risoluzione delle controversie"*, pag. 478 e ss..

³¹⁹ Recante *"Approvazione della direttiva generale in materia di qualità e carte dei servizi di telecomunicazioni ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lettera b), numero 2, della legge 31 luglio 1997, n. 249"*, pubblicata nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana n. 193 del 24 luglio 2003.

reclamo interaziendale – sia precisamente informato della possibilità di risolvere la lite tramite procedure alternative alla giustizia ordinaria.

Il comma 4 dell'articolo 8 (rubricato “*Reclami e segnalazioni*”), infatti, nel disciplinare i criteri minimi e le modalità con le quali gli operatori sono tenuti a gestire le doglianze degli utenti, stabilisce che qualora il reclamo inoltrato dall'utente non sia accettato, nel senso che non sia risolta la problematica denunciata, l'operatore non soltanto deve fornire una risposta scritta adeguatamente motivata, indicando gli accertamenti compiuti, entro il termine massimo di quarantacinque giorni dalla ricezione del reclamo³²⁰, ma deve altresì “*comunica (re) all'utente le informazioni relative alle procedure di risoluzione delle controversie, anche alternative alla giurisdizione, previste dalla delibera n.182/02/CONS*”.

Le norme della citata delibera, peraltro, sono attualmente in fase di rivisitazione, non soltanto per il dovuto aggiornamento con il nuovo Regolamento controversie (non più disciplinato dalla delibera sopra citata bensì da quella n. 173/07/Cons già ricordata), ma anche per prevedere una disciplina più organica delle informazioni che devono essere rese agli utenti nell'ambito della Carta dei Servizi, che, come noto, costituisce – al pari del contratto – un documento a valenza obbligatoria.

E' infatti in corso una consultazione pubblica per il *restyling* della Direttiva generale in materia di carte dei servizi e della qualità di cui alla menzionata delibera n. 179/03/CSP, nella quale è stata proposta una nuova norma

³²⁰ Da questa norma, purtroppo ampiamente ignorata dagli operatori, che esasperano le già intrinseche difficoltà comunicative che la clientela deve affrontare per rivolgersi ad una controparte strutturata e multiterritoriale, è scaturito, nelle pronunce dell'Authority, il cosiddetto diritto all'indennizzo “*per la mancata o ritardata risposta al reclamo*”, successivamente recepito nella recente normativa in tema di indennizzi di cui alla citata delibera 73/11/Cons. Il principio fondante di tale diritto è che “*... nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita in forma scritta, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato (...)* L'indennizzo da mancata (o ritardata) risposta al reclamo è dovuto a prescindere dalla fondatezza del reclamo, perché soltanto una corretta gestione del reclamo può assicurare all'utente il dialogo con la controparte” (cfr. Analisi casistica e Linee Guida Agcom destinate ai Co.re.com).

che, nell'enucleare tutte le informazioni che le Carte dei servizi debbono prevedere³²¹, vi inserisce anche quelle relative alle forme di risoluzione delle controversie³²².

Nella medesima consultazione pubblica, peraltro, è stata ipotizzata anche una riscrittura dei contenuti dei contratti con gli utenti (articolo 5 dell'allegato B alla proposta), ed anche in quel caso si è inserita la previsione di un'informazione specifica avente ad oggetto *“una sintesi delle procedure di reclamo e di risoluzione delle controversie, nel rispetto delle disposizioni vigenti”*.

Tuttavia, di tale necessità informativa nel documento contrattuale si farà carico lo stesso Codice delle comunicazioni elettroniche. Ed invero, nel ricordato nuovo quadro comunitario in materia di comunicazioni elettroniche di cui alle Direttive 2009/136/CE e 2009/140/CE, è stata riscritta la norma sul contenuto dei contratti con gli utenti, che andrà ad impattare (all'esito del recepimento ancora in

³²¹ Sul punto si noti che l'Autorità, proponendo – tra le altre – la riscrittura delle norme sul contenuto delle Carte dei servizi, ha “precorso” uno degli interventi in tema di trasparenza delle medesime Carte richiesto dall'attuale Governo Monti nel Decreto legge n. 1 del 24 gennaio 2012, cosiddetto Decreto liberalizzazioni, pubblicato nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana n. 19 del 24 gennaio 2012, supplemento ordinario n. 18, il cui articolo 8 prevede, in particolare, che *“1. Le carte di servizio, nel definire gli obblighi cui sono tenuti i gestori dei servizi pubblici, anche locali, o di un'infrastruttura necessaria per l'esercizio di attività di impresa o per l'esercizio di un diritto della persona costituzionalmente garantito, indicano in modo specifico i diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori del servizio e dell'infrastruttura. 2. Le Autorità indipendenti di regolazione e ogni altro ente pubblico, anche territoriale, dotato di competenze di regolazione sui servizi pubblici, anche locali, definiscono gli specifici diritti di cui al comma 1. Sono fatte salve ulteriori garanzie che le imprese che gestiscono il servizio o l'infrastruttura definiscono autonomamente”*.

³²² In particolare, nell'allegato A alla già citata delibera di avvio della consultazione pubblica n. 711/11/CONS, si propone l'approvazione di un nuovo articolo 5 *bis* (rubricato Adozione, contenuto e forma delle carte dei servizi) del seguente tenore: *“(…)2. Le carte dei servizi contengono un richiamo alla presente Direttiva e alle specifiche Direttive dei comparti di riferimento nonché informazioni sui seguenti aspetti generali: a) denominazione, sede legale, sito web dell'operatore; b) recapiti postali, telefonici e mail per le comunicazioni precontrattuali e contrattuali, se necessario diversi a seconda della tipologia di comunicazione; c) descrizione dei servizi offerti ed eventuali limitazioni per la fruizione degli stessi; d) modalità per richiedere la fornitura dei servizi; e) eventuali tempi di attesa per la fornitura iniziale; f) modalità di fruizione dei servizi, ivi compresi eventuali divieti o obblighi a carico dell'utente, da elencare in forma semplificata; g) periodicità della fatturazione, modalità e tempo di anticipo della sua spedizione rispetto alla scadenza; h) modalità e tempi di pagamento; i) forme e tempi di assistenza; l) indennizzi, con specificazione dei casi in cui sono previsti, dei relativi importi e criteri di calcolo e della forma di riconoscimento automatica o a richiesta; m) reclami, termine di trattazione degli stessi, e forme di risoluzione delle controversie; n) recesso, scadenza contrattuale, rinnovo; o) eventuali adempimenti a carico dell'utente contestuali o successivi alla chiusura del rapporto, indicando le relative modalità, e tempi di restituzione di eventuali anticipi o cauzioni; p) qualità dei servizi. (...)”*.

corso) sulla formulazione dell'articolo 70 del citato Codice nel quale sarà dunque previsto che i contratti contengano informazioni sul *“modo in cui possono essere avviati i procedimenti di risoluzione delle controversie ai sensi dell'articolo 84”*.

L'Autorità, invece, insistendo sul diverso strumento della Carta dei servizi come veicolo informativo per l'utenza (anche per il profilo della disponibilità di metodi ADR), ha voluto valorizzarlo autonomamente rispetto al documento contrattuale, le cui minuziose disposizioni – è innegabile – generalmente non vengono lette né spiegate al momento dell'accordo.

In questo senso, dunque, devono essere lette le ulteriori norme proposte in consultazione, nelle quali vi sono precise indicazioni sulle modalità tipografiche, informative e contenutistiche da adottare per le Carte dei servizi, palesemente finalizzate ad ovviare alla annosa problematica della assoluta indecifrabilità dei documenti normalmente consegnati ai contraenti (il che, dunque, dovrebbe determinare anche una maggiore consapevolezza delle forme ADR disponibili).

Il riferimento è, in particolare, alle disposizioni secondo cui le informazioni obbligatorie inserite nelle Carte dei servizi *“a) hanno complessivamente lo scopo di riassumere con struttura agevolata e linguaggio semplice gli aspetti fondamentali del rapporto contrattuale con l'operatore e del servizio offerto, ivi compresa la sua qualità; b) sono analiticamente rese con ordine logico finalizzato ad agevolarne la comprensione da parte degli utenti, anche tramite appositi titoli, suddivisioni e forma grafica adeguati, tenendo conto delle esigenze degli utenti meno esperti; c) in nessun caso si devono risolvere in una mera ripetizione totale o parziale delle condizioni contrattuali, ma devono comunque essere sufficienti per la normale gestione del rapporto contrattuale da parte dell'utente”*³²³.

Fermi, dunque, questi obblighi informativi specifici, già vigenti o in via di approvazione, la diffusione della conoscenza del metodo ADR dell'Agcom avviene

³²³ Il riferimento è sempre all'articolo 5 bis dell'allegato B alla delibera di avvio della consultazione pubblica, n. 711/11/Cons. La norma poi si conclude con la seguente enunciazione: *Le carte dei servizi indicano espressamente la natura contrattuale delle loro disposizioni e lo scopo informativo e di semplificazione perseguito, con invito agli utenti a consultare le condizioni contrattuali per eventuali approfondimenti.*

anche per moltissimi altri canali, soprattutto in considerazione del fatto che – come visto – la gestione del metodo è affidata, localmente, ai Comitati regionali, i quali conseguentemente provvedono a pubblicizzarla nell’ambito di competenza.

Si pensi, ad esempio, non soltanto alle numerose informazioni reperibili sul sito dell’Autorità³²⁴, ma anche a quelle (probabilmente ancor più approfondite e pertinenti, poiché riferite all’ambito di competenza locale) che sono reperibili sui siti istituzionali dei singoli Comitati.

Analogamente, alle pubblicazioni e ai convegni dell’Autorità³²⁵ si affiancano ora (via via con il procedere delle deleghe di secondo livello, vale a dire quelle in materia di definizione amministrativa delle controversie) le pubblicazioni e i convegni dei Comitati locali.

Per concludere sul punto, dunque, può affermarsi che non vi è dubbio che il sistema ADR di competenza dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è ormai ampiamente conosciuto fra il popolo dei potenziali interessati, sia sotto il profilo della sua mera esistenza che sotto quello del suo funzionamento³²⁶.

³²⁴ In maniera simile a quella già descritta per l’ABF, sul sito istituzionale dell’Autorità si rinvencono moltissime informazioni sulle procedure di contenzioso utenti/operatori. Recentemente, peraltro, anche al fine di assicurare una certa uniformità di azione tra i Comitati diffusi sul territorio, è stato predisposto un sistema di consultazione delle pronunce “per materia”, attraverso il quale è possibile conoscere l’orientamento del potere giustiziale rispetto a fattispecie ricorrenti, il che è certamente molto utile per decidere se avvalersi del metodo in caso di controversia.

³²⁵ L’attività convegnistica / formativa dell’Autorità in materia di risoluzione delle controversie è particolarmente operosa, anche perché essa è necessaria, in base all’Accordo Quadro che regola le deleghe ai Comitati, per l’accompagnamento di questi ultimi verso la nuova materia. Sul fronte delle pubblicazioni, poi, rilevano anche le previsioni del Protocollo di Intesa stipulato nel 2008 fra l’Autorità e le Associazioni dei consumatori, avente ad oggetto una serie di obiettivi e azioni specifiche da intraprendere per la tutela dell’utenza, molte delle quali hanno finalità informative / educative anche con specifico riferimento alla disponibilità e al funzionamento dei metodi ADR. Nell’ambito di tale Protocollo, ad esempio, nel corso dell’anno 2011 è stata pubblicata una completa Guida informativa sui diritti degli utenti dei servizi di comunicazioni elettroniche, distribuita sull’intero territorio nazionale grazie all’ausilio delle Associazioni, nella quale una Sezione è dedicata alla tutela dei diritti. La Guida è reperibile sul sito www.agcom.it.

³²⁶ Sull’argomento si veda anche MINERVINI, E., *La conciliazione stragiudiziale delle controversie, il ruolo delle Camere di Commercio*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003. COTUGNO, E.M., ZANFRAMUNDO, E., *Conciliazione e definizione delle controversie tra operatori e utenti*, *Dir. econ. mezzi comunic.*, 2007, 432. COTUGNO, E.M., ZANFRAMUNDO, E., *Conciliazione e definizione delle controversie tra operatori ed utenti di servizi di telecomunicazioni. Risultati e prospettive dell’attività dell’Agcom*, in *Dir. econ. mezzi comunic.*, 2005, 219.

4. Imparzialità, indipendenza e specializzazione degli Arbitri Agcom

Occorre a questo punto valutare l'ulteriore indicatore di qualità del servizio ADR qui in esame, costituito, come si ricorderà, dalla indipendenza e imparzialità dell'Arbitro rispetto alle parti in causa (oltre che dalla sua specializzazione).

Va però segnalato che, visto il particolare funzionamento dell'arbitrato Agcom che – diversamente dagli altri metodi sin qui esaminati – rientra *de plano* nelle competenze della stessa Autorità, l'indagine sulle predette qualità dell'organo decidente (vale a dire, dell'organo al quale è attribuito il potere giustiziale) è, in primo luogo, necessariamente rivolta agli stessi membri componenti dell'Autorità indipendente e, più specificamente, ai componenti dell'Organo della Commissione Reti e Servizi (CIR)³²⁷.

Inoltre, stante la peculiare struttura territoriale del sistema arbitrale di risoluzione delle controversie dell'Agcom che, come visto, ormai si avvale degli organi delegati regionali (Corecom), l'indagine andrà svolta anche con riferimento ai componenti di detti organi locali.

³²⁷ Si ricorderà, infatti, che l'Autorità si compone di tre differenti Organi collegiali (Il Consiglio - CONS, la Commissione Servizi e Prodotti - CSP e la Commissione Reti e Servizi di Comunicazioni elettroniche - CIR) che si alternano a seconda delle questioni da trattare. Va inoltre ricordato, per completezza, che se, in via generale, la legge istitutiva attribuisce alla CIR la competenza in materia di risoluzione delle controversie utenti/operatori, a seguito di una serie di questioni esaminate in sede comunitaria, con la delibera n. 334/03/Cons (recante *Disposizioni procedurali relative alla risoluzione delle controversie attribuite all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ai sensi della decisione della Commissione europea COMP/M.2876 del 2 aprile 2003 (Newscorp/Telepiù)*), pubblicata nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana n. 239 del 14 ottobre 2003), l'Autorità ha attribuito all'Organo Consiglio la competenza a dirimere le controversie utenti / operatori nella specifica materia della televisione a pagamento. La diversità di disciplina, presumibilmente, si giustifica – o, meglio, si giustificava, all'epoca della predetta delibera – per la sostanziale diversità ancora ravvisata fra i servizi di TLC e quelli televisivi. Va tuttavia notato che, attualmente, tale differenza è significativamente ridotta, se non annullata, in virtù dei noti principi comunitari di convergenza e neutralità delle reti, secondo cui, in estrema sintesi, tutti i servizi trasmessi su reti di comunicazione elettronica (quali sono anche quelli di pay tv) devono ricevere uguale trattamento, a prescindere dal contenuto, dalla rete utilizzata, dal mittente e dal destinatario.

Tuttavia, su quest'ultimo punto va considerato che i Comitati sono – appunto – organi regionali e che gli stessi, pertanto, trovano la loro compiuta disciplina nelle singole (e diverse tra loro) normative regionali.

Conseguentemente, per valutare la indipendenza e la autonomia dei membri dei Comitati non si dovrà avere riguardo a tali normative, bensì alle regole ad essi imposte direttamente dall'Autorità per garanzie nelle comunicazioni con specifico riferimento all'attività delegata.

Tali regole, in particolare, si ritrovano in delibere risalenti all'anno 1999³²⁸ che l'Autorità – in linea con quanto previsto dalla propria legge istitutiva³²⁹ – ha assunto previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti fra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, per definire sia i *criteri generali* relativi ai Comitati regionali per le comunicazioni (nell'ambito dei quali, come si vedrà, si ritrovano le disposizioni che qui interessano, relative ai requisiti di indipendenza ed imparzialità che devono contraddistinguere i membri dei Comitati ai quali siano delegate attività di competenza dell'Autorità), sia le *materie delegabili* ai predetti Comitati.

Sebbene datate, le predette delibere sono ancora alla base del rapporto di delega/collaborazione intercorrente tra l'Autorità e i Comitati regionali, ed invero sono state richiamate anche nel secondo e più recente Accordo quadro per la delega di funzioni, nonché nei correlati atti di convenzione tra l'Autorità e ogni singolo Corecom delegato³³⁰.

³²⁸ Si tratta, in particolare, della Delibera n. 52/99, recante “*Individuazione degli indirizzi generali relativi ai Comitati regionali per le comunicazioni*”, e della Delibera n. 53/99, recante “*Regolamento relativo alla definizione delle materie di competenza dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni delegabili ai Comitati Regionali per le Comunicazioni*”, entrambe pubblicate nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana n. 119 del 24 maggio 2009.

³²⁹ Si ricorda, invero, che citata legge n. 249/1997, all'articolo 1, comma 13, prevede che “(...) L'Autorità, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, individua gli indirizzi generali relativi ai requisiti richiesti ai componenti, ai criteri di incompatibilità degli stessi, ai modi organizzativi e di finanziamento dei comitati (...)”. L'Autorità ha quindi dato seguito alla disposizione con le delibere citate alla nota precedente.

³³⁰ Il rapporto di delega tra l'Autorità e i Comitati, invero, stanti le diversità che possono contraddistinguere i singoli Comitati regionali, si sviluppa secondo un modello complesso. E' infatti innanzitutto prevista la stipula di un Accordo quadro tra l'Autorità, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei presidenti delle Assemblee legislative delle

Ciò premesso, per ciò che concerne, più in generale, la problematica già affrontata relativa alle perplessità che derivano dalla attribuzione ad un'Autorità di vigilanza di un potere giustiziale nei confronti dei soggetti da essa vigilati, si deve notare che, rispetto all'Agcom, non si registrano particolari osservazioni critiche sul punto³³¹.

In altre parole, non sembra che sia mai stato sollevato “il problema” della commistione di funzioni giustiziali e di controllo in capo all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni³³², ritenendosi, evidentemente, ciò del tutto naturale

Regioni e delle Province autonome. Nell'Accordo, più specificamente, sono delineati gli aspetti generali delle singole convenzioni di delega che dovranno essere sottoscritte e, in particolare, vi si trovano criteri sul quadro finanziario, sulle materie delegabili, sulla durata delle singole convenzioni, sulla leale collaborazione tra le parti, sui poteri sostitutivi e di revoca conferiti all'Autorità e, infine, sulla necessità di relazionare annualmente sulle attività svolte. Successivamente, nel quadro così delineato dall'Accordo, l'Autorità procede a delegare le attività ad ogni singolo Corecom, utilizzando una convenzione redatta secondo un modello di “schema-tipo” previamente approvato. Si noti, al riguardo, che – nel vigore del nuovo Accordo quadro 2008 (che è stato approvato dall'Autorità con la delibera n. 444/08/Cons del 29 luglio 2008 e poi sottoscritto, dopo un passaggio alle citate Conferenze, che non ha prodotto modifiche sostanziali, il 4 dicembre 2008) le funzioni delegabili sono divise in due “blocchi”, all'interno dei quali non è possibile scindere le attività, nel senso che il Corecom delegato (o, meglio, le Istituzioni regionali cui esso pertiene) possono scegliere se ricevere le deleghe del solo primo blocco ovvero anche del secondo, ma non possono, per contro, selezionare le singole attività. Per questo motivo, lo “schema – tipo” di convenzione, da ultimo approvato dall'Autorità con la delibera n. 316/09/Cons, è in due versioni, in pratica diversificate in vista del conferimento delle deleghe del solo primo blocco o anche del secondo. In particolare, in base al nuovo Accordo Quadro, le deleghe del primo blocco concernono: a) *vigilanza in materia di tutela dei minori, con riferimento al settore radiotelevisivo locale*; b) *vigilanza sul rispetto delle norme in materia di pubblicazione e diffusione dei sondaggi sui mezzi di comunicazione di massa in ambito locale*; c) *istruzione e applicazione delle procedure previste dall'articolo 10 della legge n. 223/90 in materia di esercizio del diritto di rettifica, con riferimento al settore radiotelevisivo locale*; d) *esperimento in tema di tentativo di conciliazione obbligatorio nell'ambito delle controversie tra organismi di telecomunicazioni e utenti* (che costituisce, praticamente, la prima fase del modello Adr qui oggetto d'esame, n.d.r.). Nel secondo blocco di materie, per contro, rientrano le attività aventi ad oggetto: e) *la definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazione elettronica* (che è, appunto, l'attività giustiziale oggetto del presente lavoro, n.d.r.); f) *la tenuta del Registro degli operatori di comunicazione*; g) *la vigilanza sul rispetto degli obblighi di programmazione e delle disposizioni in materia di esercizio dell'attività radiotelevisiva locale, mediante il monitoraggio delle trasmissioni dell'emittenza locale*. Per completezza si segnala che il precedente Accordo Quadro, che riguardava soltanto le deleghe del primo blocco, risaliva al 25 giugno 2003.

³³¹ Sul ruolo di giudice anche tra operatori, si veda MESSANA, P., *Il sistema di risoluzione delle controversie tra imprese in materia di comunicazioni elettroniche*, *Dir. econ. mezzi comunic.*, 2009, 68.

³³² Problema che oggi, a seguito delle deleghe conferibili in base all'Accordo Quadro 2008, potrebbe porsi con riferimento ai Corecom, che, oltre a definire le controversie tramite un potere giustiziale identico a quello dell'Autorità delegante, sono anche organi di vigilanza e controllo in ambito locale.

in virtù del peculiare e delicato compito di “accompagnamento” delle liberalizzazioni del settore delle comunicazioni elettroniche, così consegnato anche a livello comunitario³³³.

A ciò si aggiunga che l’Autorità svolge la funzione qui in esame (o, comunque, era già preposta a svolgerla) sin dalla sua istituzione, avvenuta circa quindici anni fa; può allora forse ritenersi che, all’epoca, la gemmazione critica del dibattito sulle particolarità che contraddistinguono le Autorità indipendenti (natura giuridica, fondamento costituzionale, poliformismo, funzioni promiscue, e così via) ancora non era fiorita e si assisteva dunque al nuovo fenomeno (e alle sue conseguenze) in maniera sensibilmente più passiva, ritenendolo una necessaria evoluzione della forma pubblicistica dello Stato, in un’ottica di partecipazione sovranazionale.

L’internalizzazione del sistema di risoluzione delle controversie dell’Agcom, dunque, è universalmente accettata, al punto che – nella struttura dell’Autorità – l’Ufficio che si occupa della definizione amministrativa delle controversie è lo stesso Ufficio che istruisce i procedimenti sanzionatori³³⁴.

Non sembra dunque prospettarsi alcuna possibile, “strisciante”, interferenza fra il potere di vigilanza / sanzionatorio e quello giustiziale, per il semplice fatto che detta interferenza, per l’Autorità, è assolutamente palese e pacifica³³⁵.

³³³ Da cui certamente – come si evince nella ricostruzione comunitaria – sarebbero scaturite controversie tra operatori ed utenti finali nonché tra operatori per l’interconnessione e l’accesso (e per entrambe le fattispecie la competenza è attribuita alla ANR, vale a dire, per l’Italia, all’Agcom).

³³⁴ Si, tratta, in particolare, dell’*Ufficio controversie e sanzioni* della Direzione tutela dei consumatori dell’Autorità, per ciò che concerne le controversie utenti / operatori. Analogamente, l’*Ufficio servizi all’ingrosso, controversie e sanzioni* si occupa della soluzione delle liti “tecniche” tra operatori.

³³⁵ Si veda ad esempio la delibera n. 409/09/Cons, recante “*Archiviazione per intervenuto pagamento della sanzione in misura ridotta del procedimento sanzionatorio n. 5/09/DIT avviato nei confronti di H3G S.p.A. per inosservanza dell’articolo 3, commi 1 e 3, e dell’articolo 4, commi 1 e 2 dell’allegato a) alla delibera 179/03/CSP*” con la quale l’Autorità ha archiviato (per essere intervenuta la cosiddetta oblazione) un procedimento sanzionatorio avviato sulla base di violazioni della cui esistenza si era appreso nel corso di alcuni procedimenti di risoluzione delle controversie utenti / operatori (l’operatore H3G, in pratica, aveva compiuto un illecito – contrattuale e amministrativo – plurioffensivo, che aveva determinato la “reazione” di molti clienti che si erano rivolti all’Autorità per ottenere un indennizzo per l’inadempimento contrattuale. Nell’occasione,

Vale, inoltre, anche per l'Autorità il discorso già svolto con riferimento all'Arbitro Bancario Finanziario e alla Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob: se, da un lato, è vero che la terzietà del giudicante potrebbe risultare attenuata – rispetto alla Magistratura – per i motivi di cui si è finora detto, dall'altro è anche vero che, dal punto di vista dell'utente interessato ai servizi Adr, il coinvolgimento autorevole dell'Autorità di vigilanza del settore è certamente valutato positivamente.

Fermo quanto sopra, per ciò che concerne i requisiti di indipendenza / imparzialità che debbono contraddistinguere i membri dell'Autorità, si deve innanzitutto avere riguardo alla più volte citata legge n. 481/1995, istitutiva delle Autorità per i servizi di pubblica utilità, nella quale sono stabiliti i criteri generali dei predetti requisiti nonché le modalità di nomina dei commissari, finalizzate ad assicurarne le qualità predette, soprattutto rispetto alle altre istituzioni e al mercato³³⁶.

dunque, gli Uffici preposti avevano contestualmente rilevato la sussistenza della violazione amministrativa.

³³⁶ Per completezza, va osservato che il recente nuovo “pacchetto” comunitario di Direttive in materia di comunicazioni elettroniche, di cui si è già detto, ha rafforzato il ruolo e le potenzialità delle ANR (Autorità nazionali di regolazione), anche sotto i profili di indipendenza ed autonomia. Nella Direttiva 140/09/CE, infatti, all'articolo 1, comma 3, lettera a) è infatti innanzitutto stabilito che *“Gli Stati membri provvedono affinché le rispettive autorità nazionali di regolamentazione esercitino i loro poteri in modo imparziale, trasparente e tempestivo. Gli Stati membri assicurano che le autorità nazionali di regolamentazione dispongano di risorse finanziarie e umane adeguate per svolgere i compiti a loro assegnati”*. La norma poi prosegue stabilendo che *“(…) le autorità nazionali di regolamentazione (…) operano in indipendenza e non sollecitano né accettano istruzioni da alcun altro organismo nell'esercizio dei compiti loro affidati ai sensi della normativa nazionale che recepisce quella comunitaria. Ciò non osta alla supervisione a norma del diritto costituzionale nazionale. Solo gli organi di ricorso istituiti a norma dell'articolo 4 (cioè, i Tribunali, n.d.r.) hanno la facoltà di sospendere o confutare le decisioni prese dalle autorità nazionali di regolamentazione”*. Vi è poi una specifica disciplina finalizzata ad assicurare maggiori garanzie per le eventuali decadenze dalla carica: *“Gli Stati membri garantiscono che il responsabile di un'autorità nazionale di regolamentazione o, se del caso, i membri dell'organo collegiale che ricoprono tale funzione presso un'autorità nazionale di regolamentazione di cui al primo comma o i loro sostituti possano essere sollevati dall'incarico solo se non rispettano più le condizioni prescritte per l'esercizio delle loro funzioni fissate preventivamente nell'ordinamento nazionale. La decisione di allontanare il responsabile dell'autorità nazionale di regolamentazione in questione o, se del caso, i membri dell'organo collegiale che ricoprono tale funzione, è resa pubblica al momento dell'esonero. Il responsabile dell'autorità nazionale di regolamentazione o, se del caso, i membri dell'organo collegiale che ricoprono tale funzione, sollevati dall'incarico, ricevono una motivazione e hanno il diritto di chiederne la pubblicazione, qualora questa non sia altrimenti prevista; nel qual caso, la motivazione è pubblicata”*. Su quest'ultimo profilo si ricordi che nel corso dell'anno 2010 un membro dell'Autorità infine si dimise, e fu poi sostituito, dopo essere stato coinvolto in alcuni fatti resi noti alla pubblica opinione, riguardanti, in sostanza, i suoi

Va tuttavia segnalato che nella predetta legge, per espressa previsione normativa, si rinviengono soltanto dei criteri generali³³⁷, poiché si rimanda alle singole leggi istitutive delle Autorità per la disciplina specifica.

Per ciò che concerne allora l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il riferimento da svolgersi è alla nota legge istitutiva n. 249/1997, che in parte innova la materia già delineata dalla legge del 1995, prevedendo una dettagliata procedura di nomina per i membri dell'Agcom, e, in parte, invece, rimanda a quest'ultima legge per la disciplina delle incompatibilità.

In particolare, nel solco di quanto previsto dall'articolo 2, comma 5, della legge del 1995, secondo cui *“Le Autorità operano in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione; esse sono preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza”*, la legge istitutiva dell'Agcom stabilisce, innanzitutto, che sono organi dell'Autorità il presidente, la commissione per le infrastrutture e le reti, la commissione per i servizi e i prodotti e il consiglio e che ciascuna commissione è organo collegiale costituito dal presidente dell'Autorità e da quattro commissari mentre il Consiglio è costituito dal presidente e da tutti i commissari³³⁸.

Per quanto concerne le modalità di nomina, la legge stabilisce che il Senato della Repubblica e la Camera dei deputati eleggono quattro commissari ciascuno, i quali vengono nominati con decreto del Presidente della Repubblica³³⁹,

ricorrenti colloqui telefonici con il Presidente del Consiglio e aventi ad oggetto questioni di vigilanza sul settore televisivo.

³³⁷ Si tratta di criteri generali (ma comunque molto dettagliati). In particolare, invero, l'articolo 2, rubricato *Istituzione delle Autorità per i servizi di pubblica utilità*, al comma 4, stabilisce che *“La disciplina e la composizione di ciascuna Autorità sono definite da normative particolari che tengono conto delle specificità di ciascun settore sulla base dei principi generali del presente articolo”*.

³³⁸ Come già accennato, a partire dalla prossima Consiliatura i membri saranno in tutto cinque, come deciso dalla già citata legge n.

³³⁹ In particolare, Ciascun senatore e ciascun deputato esprime il voto indicando due nominativi, uno per la commissione per le infrastrutture e le reti, l'altro per la commissione per i servizi e i prodotti. In caso di morte, di dimissioni o di impedimento di un commissario, la Camera competente procede all'elezione di un nuovo commissario che resta in carica fino alla scadenza ordinaria del mandato dei componenti à.

mentre il presidente dell'Autorità è nominato con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri d'intesa con il Ministro delle comunicazioni, ma la designazione è previamente sottoposta al parere delle competenti Commissioni parlamentari, secondo quanto previsto dall'articolo 2 della citata legge n. 481/1995³⁴⁰.

Per ciò che concerne le incompatibilità (e, in verità, anche per ciò che concerne i requisiti)³⁴¹, la Legge istitutiva dell'Agcom stabilisce che ai componenti dell'Autorità si applicano le disposizioni di cui all'articolo 2, commi 8, 9, 10 e 11, della citata legge del 1995.

In particolare, rispetto ai requisiti in quest'ultima legge è stabilito che “*I componenti di ciascuna Autorità sono scelti fra persone dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore*” e che gli stessi, sotto il profilo delle incompatibilità, a pena di decadenza “*non possono esercitare, direttamente o indirettamente, alcuna attività professionale o di consulenza, essere amministratori o dipendenti di soggetti pubblici o privati né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura, ivi compresi gli incarichi elettivi o di rappresentanza nei partiti politici né avere interessi diretti o indiretti nelle imprese operanti nel settore di competenza della medesima Autorità*”³⁴².

Onde assicurare la piena libertà di azione, infine, il regime delle incompatibilità si protrae oltre la durata del mandato, affinché non possano ravvisarsi scopi diversi ed ulteriori nelle decisioni che governano il settore: è dunque previsto che “*Per almeno quattro anni dalla cessazione dell'incarico i*

³⁴⁰ Sul punto, l'articolo citato prevede che “*In nessun caso le nomine possono essere effettuate in mancanza del parere favorevole espresso dalle predette Commissioni a maggioranza dei due terzi dei componenti. Le medesime Commissioni possono procedere all'audizione delle persone designate. In sede di prima attuazione della presente legge le Commissioni parlamentari si pronunciano entro trenta giorni dalla richiesta del parere; decorso tale termine il parere viene espresso a maggioranza assoluta*”.

³⁴¹ I commi 8, 9, 10 e 11 della legge n. 481/1995 riguardano, invero, anche i requisiti di professionalità dei componenti dell'Autorità, e non soltanto le incompatibilità, come invece sembra affermato nella legge n. 249/1997.

³⁴² Per “slegare” la nomina dalla durata della legislatura, inoltre, è previsto che i componenti dell'Agcom durano in carica sette anni e non possono essere confermati; inoltre, i dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono collocati fuori ruolo per l'intera durata dell'incarico.

componenti delle Autorità non possono intrattenere, direttamente o indirettamente, rapporti di collaborazione, di consulenza o di impiego con le imprese operanti nel settore di competenza”³⁴³.

Per quanto riguarda i requisiti e le incompatibilità dei membri dei Comitati regionali per le comunicazioni, invece, si è detto che l’Autorità ha ravvisato la necessità di procedere a fornire dei criteri generali al riguardo, provvedendo, in particolare, con la delibera n. 52/99, ancora oggi pienamente operante.

Si ricorda, sul punto, che – naturalmente – essendo i Comitati organi sostanzialmente regionali, il “potere” dell’Autorità di disciplinarne alcuni aspetti è esclusivamente finalizzato all’esercizio delle attività delegate, non potendosi ammettere, in mancanza di esse, una simile ingerenza.

Di ciò l’Autorità diede conto in un documento allegato alla delibera 52/99, nel quale infatti si legge che la prima difficoltà nello stabilire criteri generali per i Comitati derivava dal fatto che la legge istitutiva dell’Autorità, nel prevedere la delega di funzioni ai Corecom, faceva riferimento ad istituti (decentramento, organo funzionale, delega) che hanno una loro logica e una conseguente disciplina nei rapporti tra organi appartenenti ad una medesima branca dell’Amministrazione, mentre nello specifico sono usati in un contesto del tutto diverso e atipico, cioè tra un organo, l’Autorità (estraneo alla amministrazione ordinaria dello Stato e con forti caratteri di originalità e atipicità) ed organi (i Corecom) che in parte dovrebbero ripeterne le caratteristiche di fondo, ma che sono al contempo concepiti come organi regionali.

³⁴³ La violazione della predetta prescrizione, contenuta nell’articolo 2, comma 9, della legge n. 481/1995, è punita “salvo che il fatto costituisca reato, con una sanzione pecuniaria pari, nel minimo, alla maggiore somma tra 50 milioni di lire e l’importo del corrispettivo percepito e, nel massimo, alla maggiore somma tra 500 milioni di lire e l’importo del corrispettivo percepito. All’imprenditore che abbia violato tale divieto si applica la sanzione amministrativa pecuniaria pari allo 0,5 per cento del fatturato e, comunque, non inferiore a 300 milioni di lire e non superiore a 200 miliardi di lire, e, nei casi più gravi o quando il comportamento illecito sia stato reiterato, la revoca dell’atto concessivo o autorizzativo”. Si ricorderà che su questa norma si è combattuto il noto “caso Meocci”, ex Commissario Agcom della prima consiliatura, che all’esito della carica divenne Direttore generale della Rai. Per questa nomina all’Azienda fu comminata una multa di circa 15 milioni di euro, poi comportante, secondo la pronuncia della Corte dei Conti, altri 11 milioni di euro di danno erariale posti a carico dei consiglieri Rai che, “obbedendo” all’azionista di maggioranza (il Governo), avevano permesso la nomina di Meocci a Direttore generale.

L'Autorità inoltre notava che vi era una perplessità intrinseca nel fatto di prevedere (nella legge istitutiva) una sorta di scansione cronologica tra la fase di definizione degli indirizzi generali relativi ai requisiti, alle incompatibilità, ai modi organizzativi e al finanziamento dei Comitati e la fase di definizione delle materie delegabili ai Comitati stessi *“laddove appare evidente che la fissazione di quegli indirizzi non possa affatto prescindere da una precisa visione dei compiti che ai nuovi Comitati si intendono attribuire”*.

Ciò premesso, quindi, per disciplinare i Comitati l'Autorità decise di principiare esattamente dal ruolo che si pensava i Corecom potessero svolgere nel quadro della legge n. 249/1997 citata, addivenendo ad affermare che *“l'inciso secondo il quale la loro costituzione risponde all'esigenza di assicurare sull'intero territorio nazionale il migliore esercizio delle funzioni di governo, garanzia e di controllo in tema di comunicazione” sembra configurare il ruolo e la natura dei Comitati, in linea di principio, e fatta salva la specifica definizione delle loro competenze, in modo non dissimile dal ruolo e dalla natura dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (...) essi, in altre parole, sembrano essere stati concepiti dal legislatore non come organi dell'amministrazione regionale, di cui l'Autorità può avvalersi per un più efficiente esercizio delle sue competenze, ma come strumenti per la diffusione sul territorio di quella generale funzione di “governo, garanzia e controllo” del sistema, di cui l'Autorità porta certamente la responsabilità principale, ma non esaustiva”*³⁴⁴.

Così delineata la natura dei Comitati, possono allora meglio comprendersi le analogie tra i criteri stabiliti per essi sotto il profilo dei requisiti e delle incompatibilità e i criteri, sopra esaminati, riferiti ai membri dell'Autorità.

Nella delibera 52/99, quindi, l'Autorità ha stabilito che la composizione ordinaria, compreso il Presidente, sia di norma, di cinque membri (la cui durata in carica sia, di norma, di cinque anni, con divieto di rieleggibilità) che abbiano i

³⁴⁴ In argomento si veda TARALLO, A. *I Corecom e la risoluzione delle controversie tra operatori ed utenti in materia di telecomunicazioni*, in *Dir. econ. mezzi comunic.*, 2005, 451.

necessari requisiti di competenza ed esperienza nel settore della comunicazione nei suoi aspetti culturali, giuridici, economici e tecnologici e che diano garanzia di assoluta indipendenza, sia dal sistema politico istituzionale che dal sistema degli interessi di settore.

E' richiesto, inoltre, che il procedimento di nomina veda coinvolto il Consiglio regionale, con garanzia del ruolo delle opposizioni consiliari nella definizione delle procedure di elezioni non escludendo che, in analogia con quanto avviene per l'Autorità, il Presidente sia nominato direttamente dall'Esecutivo regionale, sentita la Commissione consiliare competente.

Sono poi previste varie incompatibilità, politiche ed economiche-professionali, limitatamente al periodo del mandato, i componenti dei Corecom³⁴⁵.

Si rinvencono, poi, analogamente a quanto già osservato per l'Arbitro Bancario Finanziario, norme a presidio del buon funzionamento dei Comitati per lo svolgimento delle varie funzioni (quindi non soltanto per quelle contenziose, ma comunque con riflessi utili anche su di esse).

E' invero stabilito che tra le cause di decadenza dall'incarico, sia espressamente prevista una prolungata assenza non giustificata ai lavori del Comitato, tale da comportare una mancanza grave agli impegni assunti al momento dell'accettazione della nomina³⁴⁶.

Nella stessa ottica di buon funzionamento possono essere poi lette le norme che prevedono che al Presidente del Comitato sia applicato l'istituto

³⁴⁵ In particolare, le incompatibilità sono così dettagliate: *Politiche: membro del Parlamento europeo e nazionale, del Governo, dei Consigli o delle Giunte regionali, provinciali e comunali; Sindaco; membro - di nomina governativa, parlamentare, dei Consigli o delle Giunte regionali, provinciali e comunali - alla presidenza o direzione di enti pubblici economici e non; detentore di incarichi elettivi o di rappresentanza in partiti politici. Economico-professionali: amministratore o dipendente di imprese pubbliche o private operanti nel settore radiotelevisivo o delle telecomunicazioni, della pubblicità, dell'editoria anche multimediale, della rilevazione dell'ascolto e del monitoraggio della programmazione, a livello sia nazionale sia locale; dipendente regionale; titolare di rapporti di collaborazione o consulenza attivi con i soggetti sopra indicati. I soci risparmiatori delle società commerciali (e delle società cooperative) non versano in situazione di incompatibilità.*

³⁴⁶ Si richiede, comunque, che la contestazione della causa di incompatibilità e l'adozione del relativo provvedimento di decadenza siano attribuite alla competenza del Presidente del Consiglio regionale, nel rispetto del principio del contraddittorio con l'interessato. Si suggerisce inoltre di costituire oggetto di esplicita previsione normativa l'applicabilità delle disposizioni in tema di decadenza anche al Presidente del Comitato.

dell'aspettativa prevista dalle vigenti disposizioni di legge e che tale istituto possa essere esteso, a richiesta, qualora vi sia un conferimento di incarichi determinati e definiti nel tempo, anche ai componenti del Comitato.

A completamento delle previsioni sul buon funzionamento e sull'autonomia, poi, è stabilito che i Comitati si dotino di un regolamento interno (cui tutti i Comitati hanno aggiunto un Codice etico, sul modello di quello adottato dall'Autorità di cui si dirà fra breve) che, tra le altre norme organizzative, disciplini anche le modalità di consultazione dei soggetti esterni, pubblici e privati, operanti nei settori delle comunicazioni e dell'informazione³⁴⁷.

La struttura dei Corecom, infine (costituita con rapporti di lavoro regolati dalla legge regionale), deve essere dotata di effettiva indipendenza, con organici determinati in sede regionale, secondo le rispettive normative, d'intesa con l'Autorità.

Vale da ultimo ricordare che, analogamente all'Arbitro Bancario Finanziario, anche l'Autorità si è dotata di un Codice etico, le cui disposizioni presiedono allo svolgimento di tutte le attività connesse all'incarico di servizio, da parte dei componenti e dei dipendenti tutti³⁴⁸.

Le norme etiche, dunque, non riguardano – all'evidenza – soltanto la funzione contenziosa dell'Autorità, ma comunque pongono principi e regole anche per essa, essendo, testualmente, *“specificazioni degli obblighi di imparzialità, indipendenza, riservatezza, diligenza e lealtà che discendono dalle norme costituzionali, in particolare dagli artt. 54 e 97 Cost., e qualificano il corretto comportamento dei dipendenti pubblici, i quali sono tenuti ad adempiere*

³⁴⁷ Peraltro, entro il 15 settembre di ogni anno i Comitati devono presentare al Consiglio regionale per la relativa approvazione, ed all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per la parte relativa alle funzioni da essa delegate, il programma di attività per l'anno successivo, con l'indicazione del relativo fabbisogno finanziario (che proviene in parte qua dall'Autorità, per lo svolgimento delle funzioni delegate). Inoltre, entro il 31 marzo di ogni anno i Comitati predispongono una relazione, sia agli organi regionali sia all'Autorità, sul sistema delle comunicazioni in ambito regionale nonché sull'attività svolta nell'anno precedente e tali documenti sono resi pubblici a cura del Consiglio regionale stesso.

³⁴⁸ Il Codice è disponibile sul sito web istituzionale dell'Autorità, www.agcom.it.

le funzioni pubbliche con disciplina ed onore al fine di assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione"³⁴⁹.

Sotto lo specifico profilo della imparzialità, poi, è stabilito che i Componenti e i dipendenti operano con imparzialità, evitano trattamenti di favore, respingono pressioni indebite ed assumono le loro decisioni nella massima trasparenza, evitando di creare o di fruire di situazioni di privilegio³⁵⁰.

Alla terzietà dell'attività è poi finalizzata anche la norma dell'articolo 8 del Codice, che prevede che i Componenti dell'Agcom informano il Consiglio in forma scritta e senza ritardo *“degli interessi economici o finanziari, che loro, il coniuge, parenti entro il secondo grado o soggetti conviventi, abbiano, per quanto di loro conoscenza, con imprese operanti nei settori di competenza dell'Autorità. I Componenti e i dipendenti comunicano altresì riservatamente all'Autorità, con cadenza annuale, qualunque altro interesse o fatto, anche relativo a rapporti con le imprese di settore, che ritengono comunque rilevante ai fini dell'applicazione del presente Codice etico. Tale dichiarazione è resa anche con riferimento, per quanto di conoscenza, ai parenti entro il secondo grado, al coniuge o ai soggetti conviventi”*.

Sussiste comunque anche un dovere di astensione, espresso nella generale formula secondo cui i Componenti *“si astengono dal partecipare a procedimenti, all'adozione di decisioni e ad ogni altra attività dell'Autorità, che possano coinvolgere rilevanti interessi economici o finanziari o di altro genere propri o, per quanto di loro conoscenza, di parenti entro il secondo grado o di conviventi”*, nonché nella regola specifica che prevede l'astensione obbligatoria ogni qualvolta

³⁴⁹ Nelle stesse disposizioni è sottolineata la delicatezza dei compiti affidati all'Autorità: *“L'esigenza della puntuale osservanza dei precetti di corretto comportamento da parte dei Componenti e dei dipendenti, immanente allo svolgimento di ogni attività pubblica, assume particolare rilievo presso l'Autorità per la notevole delicatezza delle funzioni da questa svolte, che coinvolgono rilevanti interessi economici ed incidono su fondamentali interessi sociali sottesi al settore delle comunicazioni, nonché in ragione della peculiare posizione di indipendenza riconosciuta alle Autorità di regolazione nell'ordinamento interno e comunitario”*.

³⁵⁰ Articolo 6 del Codice. A corollario vi è la regola fissata dal successivo articolo 7, sul divieto di percepire doni o altre utilità *“ad eccezione dei regali d'uso, purché di modico valore e generalmente elargiti”*.

il Componente abbia un parente o affine entro il secondo grado che sia amministratore o direttore generale nell'impresa oggetto di procedimento³⁵¹.

Conclusivamente, alla luce di tutte le ricordate disposizioni, può notarsi che i presidi della indipendenza e della imparzialità che devono contraddistinguere l'azione dell'Authority sono in linea generale assicurati come dovuto.

Va tuttavia certamente osservato che nessuna disposizione affronta in particolare il tema della terzietà dell'Agcom come arbitro, con riferimento all'ambito delle funzioni contenziose attribuite dalla normativa.

Né può naturalmente valere a garantire la terzietà rispetto ai soggetti vigilati il fatto che le funzioni contenziose siano istruite dagli Uffici (cioè dalla struttura amministrativa del Garante), che sono ovviamente distinti dagli Organi collegiali.

Tale distinzione, infatti, non soltanto è insita in tutte le Amministrazioni³⁵², ma certamente non vale a escludere che l'Organo decidente abbia, volendola, piena libertà di azione, potendo – come noto – discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria con idonea motivazione³⁵³.

Da ultimo, con riferimento al profilo della specializzazione dell'Arbitro, deve essere innanzitutto segnalato che, in vista del conferimento delle deleghe ai Corecom anche per la fase di definizione amministrativa delle controversie (oltre che per quella di conciliazione) l'Autorità, al fine di garantire un'uniformità di tutela giustiziale sul territorio, ma anche in applicazione del principio di "leale

³⁵¹ Inoltre, naturalmente, i Componenti e i dipendenti possono chiedere di astenersi in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza.

³⁵² Peraltro, si è già detto che nella struttura dell'Autorità gli Uffici che istruiscono i procedimenti sanzionatori istruiscono anche i procedimenti di risoluzione delle controversie.

³⁵³ Il riferimento principale è all'articolo 6, comma 1, lettera e) della legge 7 agosto 1990, n. 241, recante "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi", pubblicata nella Gazzetta ufficiale della repubblica italiana n. 192 del 18 agosto 1990 n. 192, e successive modifiche e integrazioni, secondo cui "*L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale*".

collaborazione” stabilito nell’Accordo Quadro per il conferimento delle deleghe, si è preoccupata di prevedere dei meccanismi di “coordinamento”.

A tal fine in primo luogo rilevano le cosiddette *Linee Guida relative all’attribuzione della delega in materia di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche* ed alla correlata *Analisi casistica* delle decisioni dell’Autorità, entrambi documenti redatti da un Gruppo di lavoro (formato da dipendenti esperti in materia di risoluzione delle controversie dinanzi all’Autorità), creato con provvedimento ad hoc della struttura competente (Direzione tutela dei consumatori), appositamente per accompagnare i Corecom nella delicata fase di avvio delle nuove deleghe³⁵⁴.

I predetti documenti hanno dunque costituito (ed ancora costituiscono) il *vademecum* dell’attività delegata ai Corecom: in particolare, le *Linee Guida*, organizzate seguendo la struttura normativa del Regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie, contengono, con riferimento a ciascuna norma, una breve spiegazione della relativa *ratio* e delle varie, possibili, modalità applicative, problematiche e non, nel corso del procedimento, così da indirizzare i Corecom verso un’esatta interpretazione delle regole³⁵⁵.

L’*Analisi casistica*, per contro, è specificamente finalizzata a garantire l’uniformità di esercizio del potere giustiziale sul territorio nazionale.

In sostanza, infatti, nella predetta Analisi, l’Autorità ha indicato quali siano i principi che regolano la materia delle comunicazioni elettroniche nel rapporto tra operatori e utenti, grazie all’esesesi di tutti i suoi provvedimenti giustiziali emessi sino a quel momento.

L’Autorità, in particolare, ha prediletto l’utilizzo di un modello a tabella strutturato in base agli argomenti più ricorrenti (ma non solo) nelle controversie

³⁵⁴ Si tratta del provvedimento 5/08/DIT- Direzione tutela dei consumatori, recante “*Costituzione del Gruppo di lavoro per la predisposizione dello schema di Linee guida e per altre attività relative allo svolgimento da parte dei Corecom della delega in materia di definizione delle controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche*”.

³⁵⁵ Si tratta, in pratica, di una sorta di interpretazione autentica del Regolamento.

sino a quel momento esaminate³⁵⁶, ed accanto ad ognuno di essi ha massimato i principi motivazionali da riportare nelle delibere di definizione, estrapolandoli dai propri provvedimenti e riformulandoli in termini generali e astratti. Non manca, comunque, per comodità di lavoro e per il dovuto richiamo dei precedenti nella parte motiva dei nuovi provvedimenti da adottare, il riferimento preciso (ormai anche ipertestuale) al numero ed anno delle singole delibere di definizione di controversia approvate dall'Autorità nelle quali si ritrova l'applicazione dei predetti principi.

Fermo quanto sopra, anche nel Regolamento sulle controversie vi sono delle norme dedicate, più o meno espressamente, alla specializzazione dei Corecom e all'uniformità di esercizio del potere giustiziale, anche per i casi più "delicati" sui quali l'Autorità non abbia avuto in precedenza occasione di pronunciarsi³⁵⁷.

L'articolo 22 del Regolamento, invero, prevede che *"In caso di procedimenti riguardanti questioni di eccezionale rilevanza, su fattispecie non oggetto di precedenti pronunce da parte dell'Autorità, il Co.re.com, previa sospensione della procedura (...), riferisce la questione all'Autorità, trasmettendo alla Direzione la documentazione necessaria. In tali casi, l'Autorità può emanare un atto di indirizzo che è pubblicato nel Bollettino ufficiale e sul sito web dell'Autorità. La mancata risposta al Co.re.com entro il termine di 60 giorni comporta l'automatica riassunzione del procedimento presso il medesimo Co.re.com"*.

Nello stesso senso di garantire un'uniformità di tutela, può poi essere letta la successiva disposizione, secondo cui, da un lato, i Corecom inviano all'Autorità

³⁵⁶ In particolare, la struttura iniziale dell'Analisi casistica prevedeva dodici voci principali (*attivazioni non richieste, disattivazioni non richieste, credito residuo, disservizi, fatturazioni, modifiche contrattuali, ritardi, recesso, rinnovo contrattuale, sospensioni-interruzioni amministrative, traffico non riconosciuto, trasparenza contrattuale*), ciascuna delle quali era poi suddivisa in ulteriori sottovoci. Nel tempo, poi, il testo è andato arricchendosi, con l'aggiunta delle eventuali nuove casistiche, ma la struttura è rimasta sostanzialmente la stessa.

³⁵⁷ Nel qual caso, infatti, il Comitato dovrebbe seguire quanto indicato nella *Analisi casistica* redatta in occasione del conferimento di deleghe ai Corecom dal medesimo Gruppo di lavoro che si occupò di compilare le già citate Linee Guida, secondo quanto previsto dalla Determina 5/08/DIT. L'*Analisi casistica*, peraltro, è costantemente aggiornata dall'Autorità.

un report semestrale³⁵⁸ sull'attività svolta ai sensi del Regolamento (avvalendosi dei modelli, anche elettronici, da questa predisposti, che hanno l'evidente scopo di agevolare la "supervisione") e, dall'altro, la Direzione tutela dei consumatori dell'Autorità (al cui interno opera l'Ufficio controversie e sanzioni, che – come detto – è l'Ufficio che si occupa dell'istruttoria finalizzata all'esercizio del potere giustiziale, elabora, su richiesta dei Co.re.com, circolari interpretative su specifiche questioni di interesse comune relative all'applicazione del Regolamento, fornendone periodica informativa al Consiglio³⁵⁹).

Va notato, da ultimo, che la garanzia di uniformità (e di specializzazione) è naturalmente assicurata anche dalla periodica pubblicazione dei provvedimenti adottati (dall'Autorità e dai Corecom) sul sito istituzionale dell'Autorità – per entrambi – nonché su quello dei singoli Comitati (per quanto riguarda i provvedimenti emessi dai medesimi).

La predetta pubblicazione, invero, è organizzata anche per materie (riflettendo la struttura della citata *Analisi casistica* redatta dall'Autorità per indirizzare l'attività di risoluzione delle controversie) e può, all'evidenza, essere consultata non soltanto dai potenziali interessati al servizio ADR, bensì anche dagli Organi delegati ad espletare tale servizio.

³⁵⁸ Si noti che, in origine, il report era mensile, essendo l'attività dei Corecom in materia di definizione delle controversie assai recente. Con la delibera 597/11/Cons, più volte citata, si è invece proceduto all'allungamento del periodo di reportistica, stimando infatti che *"tale periodicità (è) adeguata alle esigenze di monitoraggio sullo svolgimento delle funzioni delegate sottese a tale adempimento"*.

³⁵⁹ Sul punto si fa notare che, a seguito delle modifiche introdotte dalla già citata delibera n. 597/11/Cons, la competenza ad emanare le circolari interpretative è "scesa" dall'Organo collegiale dell'Autorità alla struttura interna della Direzione indicata nel testo. Ciò viene spiegato, nella delibera citata, in base alla seguente considerazione. *"Al fine di rendere più efficace ed immediato il confronto con i Co.re.com, si ritiene appropriato affidare l'attività di emanazione di circolari interpretative, già prevista dall'articolo 23, comma 2, del Regolamento in capo all'Autorità, alla Direzione tutela dei consumatori, che sarà tenuta a fornire periodica informativa al Consiglio"*.

5. Regole, contraddittorio e costi davanti all'Agcom

Come terzo indicatore di qualità del servizio arbitrale fornito dall'Agcom, occorre a questo punto valutare l'*accessibilità*, in generale, del procedimento finalizzato alla risoluzione della controversia, da intendersi, più specificamente, sia come facilità di instaurazione e snellezza e rapidità di svolgimento dello stesso, sia come sua eventuale onerosità.

Per ciò che concerne il primo profilo, va innanzitutto ricordato che – come visto – il procedimento arbitrale si sviluppa (come eventuale alternativa alla giustizia ordinaria) all'esito di quello conciliativo.

Conseguentemente, una indubbia semplificazione dell'accesso all'arbitrato è già insita nella particolare struttura sequenziale del sistema ADR, sia per la “vicinanza” del mezzo a quello appena utilizzato, sia per la già descritta diffusione territoriale.

Ciò premesso, va comunque rilevato che, anche a prescindere dalla predetta considerazione, l'accesso all'arbitrato dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è oggettivamente molto facile.

L'interessato³⁶⁰, invero, deve semplicemente compilare un'istanza raccontando quanto avvenuto ed evidenziando il fallimento del precedente tentativo di conciliazione³⁶¹.

³⁶⁰ Si noti che in base all'articolo 14, comma 1, del Regolamento controversie approvato con la delibera n. 173/07/Cons più volte citata, l'accesso alla procedura arbitrale è soggettivamente limitato: la predetta norma stabilisce infatti che in caso di mancata conciliazione (per esito negativo ovvero per mancata comparizione di una delle parti) soltanto “le parti congiuntamente, o anche il solo utente, possono chiedere all'Autorità di definire la controversia”. E' inoltre precisato che la parte che, avendo presentato istanza di conciliazione, non ha partecipato alla relativa procedura non può chiedere la definizione della controversia ai sensi del presente Capo, fatta salva la possibilità di far valere in giudizio le proprie ragioni”.

³⁶¹ L'esperimento effettivo della conciliazione (nel senso quantomeno dello svolgimento della relativa udienza) è dunque considerato condizione di procedibilità dell'arbitrato. Da un lato, infatti, la parte che non compare in udienza non può chiedere la definizione amministrativa (e la disposizione è chiaramente riferita al solo utente, che sarebbe il solo a poter richiedere autonomamente la definizione); dall'altro, la parte non può attendere il decorrere dei soli 30 giorni fissati per la conciliazione e poi presentare l'istanza di arbitrato, come invece accade, su termini più lunghi, per il procedimento di mediazione. Ciò è spiegato nella Linee Guida redatte dall'Autorità in vista del passaggio delle deleghe ai Corecom in materia di definizione amministrativa delle controversie (Determina 5/08/DIT – Direzione tutela dei consumatori), che, sebbene sul punto ancora riferite ad una precedente formulazione della norma, spiegano: “... la

L'Autorità, peraltro, ha predisposto un modello di istanza consistente in un formulario disponibile *on line* sul sito web istituzionale e sui vari siti dei Comitati regionali (che richiede la compilazione di campi ad oggetto piuttosto logico e semplificato per spiegare l'oggetto della controversia)³⁶², al quale vanno allegati il documento di identità dell'istante, il verbale di mancata conciliazione nonché gli eventuali documenti utili a comprendere i fatti narrati.

L'istanza può essere trasmessa via fax, ovvero consegnata a mani o spedita per posta raccomandata o per posta elettronica certificata, e da quel momento – teoricamente – l'interessato potrebbe non dover svolgere alcuna altra attività, potendo limitarsi soltanto ad attendere l'emanazione del provvedimento finale.

previsione secondo cui la conciliazione debba essere mancata o parziale significa che alla definizione amministrativa si può accedere soltanto se il tentativo di conciliazione sia stato effettivamente svolto, nel senso che l'udienza si è tenuta e (per assenza della parte convenuta o per mancato accordo, totale o parziale) la vicenda non si è chiusa in via transattiva. A tal fine la conciliazione va considerata come svolta anche nel caso in cui, entro dieci giorni dal ricevimento della convocazione la parte che non ha proposto l'istanza non faccia pervenire la propria volontà di partecipazione oppure dichiarare espressamente di non aderire, ovvero nel caso di rinuncia della parte istante. Queste regole per poter accedere alla fase di definizione della controversia derivano dal fatto che il rito amministrativo non è obbligatorio ed è alternativo rispetto alla tutela giurisdizionale riconosciuta a tutti per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive. Non sussiste dunque in capo alla P.A. lo stesso potere-dovere decisorio che caratterizza l'Autorità giudiziaria, se non nei limiti come sopra delineati dal Regolamento (da qui deriva la spiegazione anche del limite sul divieto di litispendenza dinanzi alla Magistratura, che, ove accertata, deve condurre ad una dichiarazione di improcedibilità della domanda; all'udienza, quindi, è sempre necessario interrogare le parti su questo punto). Naturalmente in questi casi, ovvero anche quando l'udienza di conciliazione non si svolga o non sia neanche fissata nel termine di 30 giorni previsto dall'art. 3, comma 3, del Regolamento, resta ferma la possibilità di rivolgersi all'Autorità giudiziaria, poiché, a questo fine, il tentativo di conciliazione obbligatorio per legge si considera comunque esperito”.

³⁶² L'istanza, in particolare, deve contenere il nome, il cognome e la residenza o il domicilio dell'utente, il numero dell'utenza in caso di servizi telefonici, la denominazione e la sede dell'operatore. Nell'istanza devono essere indicati (articolo 7, richiamato dall'articolo 15): “a. i fatti che sono all'origine della controversia tra le parti; b. gli eventuali tentativi già esperiti per la composizione della controversia; c. le richieste dell'istante; d. i documenti che si allegano”. L'istanza deve, inoltre, indicare gli estremi del verbale di mancata conciliazione o di soluzione parziale della controversia nonché l'indirizzo e-mail o il numero di fax ove si intendono ricevere le comunicazioni inerenti al procedimento. Si noti, infine, che l'istanza, a pena di inammissibilità, è sottoscritta dall'utente o, per le persone giuridiche, dal rappresentante legale, ovvero da un rappresentante munito di procura speciale, conferita con atto pubblico o con scrittura privata autenticata.

A quel punto, infatti, l'unico atto che deve certamente essere compiuto è quello di avvio del procedimento, indirizzato ad entrambe le parti (istante e controparte), anche a mezzo fax o per via telematica³⁶³.

Lo svolgimento successivo di un'istruttoria in contraddittorio è soltanto eventuale.

Da un lato, infatti, come debitamente avvisato nella nota di avvio del procedimento, entro un termine prefissato è possibile presentare memorie e documentazione³⁶⁴, ma il riferimento – è evidente – è per la sola parte che non abbia agito e che si debba dunque difendere (dovendo per contro la parte istante esporre esaustivamente le proprie ragioni e richieste nell'atto introduttivo).

Conseguentemente, soltanto laddove l'operatore "resistente" presenti le predette memorie e la correlata documentazione, l'istante avrà la possibilità di presentare ulteriori documenti e argomentazioni (integrazioni e repliche).

Dall'altro lato, poi, il responsabile del procedimento potrebbe ritenere di convocare le parti in udienza (ma non è tenuto a farlo), così conseguentemente creando un vero e proprio contraddittorio "frontale".

³⁶³ Secondo il Regolamento, in tale avviso sono specificamente indicati: "a. la data di deposito dell'istanza; b. l'oggetto della procedura; c. l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti; d. il responsabile del procedimento; e. i termini entro cui produrre memorie e documentazione, nonché per integrazioni e repliche alle produzioni avversarie, ed il termine di conclusione del procedimento". E' inoltre stabilito, per velocizzare il contraddittorio, evitando procedimenti di accesso agli atti, che "Unitamente all'avviso di cui ai commi precedenti la Direzione trasmette alla parte convenuta copia dell'istanza depositata, nonché degli allegati che non siano già nella sua disponibilità".

³⁶⁴ In particolare, nel regolamento è stabilito che le parti hanno facoltà di presentare memorie e depositare documenti, a pena di irricevibilità, entro il termine assegnato nell'atto di avvio del procedimento, "che non potrà essere inferiore a quindici giorni né superiore a quarantacinque. Sempre a pena di irricevibilità le parti possono presentare integrazioni e repliche alle produzioni avversarie nel termine, non superiore a dieci giorni, assegnato ai sensi della medesima disposizione". La norma è inoltre finalizzata a garantire l'immediato contraddittorio, onde evitare lungaggini di accesso (ove addirittura la totale ignoranza dei depositi avversari). E' inverso stabilito che "I documenti depositati ai sensi del presente comma devono essere contestualmente inviati alla controparte per via telematica o a mezzo fax". Degna di nota, infine, è la disposizione che – riecheggiando uno dei principi generali del recente Codice del processo amministrativo, approvato con il già citato Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n.104, richiede – in una parola – che gli atti siano semplici e leggibili: "L'istanza, le memorie, le repliche e tutte le dichiarazioni fatte dalle parti devono essere redatte in maniera chiara e sintetica, preferibilmente utilizzando i formulari predisposti dall'Autorità, e comunque devono essere composte di un numero di pagine contenuto". Si noti, al riguardo, che il mancato rispetto dei predetti principi può essere valutato dall'Organo decidente in del presente al momento della liquidazione delle spese.

L'articolo 16 del Regolamento, infatti, prevede che *“Nel caso in cui lo ritenga opportuno ai fini dell'istruzione della controversia, ovvero su espressa richiesta di una delle parti, il responsabile del procedimento convoca le parti interessate per una udienza di discussione, mediante comunicazione da inviare con almeno quindici giorni di anticipo rispetto alla data fissata”*³⁶⁵.

Lo svolgimento dell'udienza di discussione, pertanto, è soltanto eventuale e, una volta finito lo scambio di memorie – ovvero (come spesso avviene) in sua mancanza – la controversia potrebbe essere definita *“allo stato degli atti”*³⁶⁶.

³⁶⁵ In ottica di snellimento delle procedure, è inoltre previsto che *“Qualora lo ritenga opportuno, il responsabile del procedimento può sentire le parti anche tramite audio o video conferenza”*. Le modalità per lo svolgimento a distanza dell'udienza di discussione sono state da ultimo disciplinate con la citata delibera 597/11/Cons che, apportando modifiche al Regolamento qui in esame, ha previsto (nel nuovo Allegato 1) che qualora la parte intenda svolgere l'udienza con mezzi telematici (videoconferenza, audio conferenza o altre modalità di comunicazione telematica) *“deve farne richiesta, anche telefonicamente o a mezzo e-mail, al responsabile del procedimento con almeno cinque giorni di anticipo rispetto alla data stabilita per l'incontro, comunicando altresì i riferimenti per il contatto e la disponibilità di una propria firma digitale da apporre al verbale secondo le disposizioni del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. La comunicazione da parte degli operatori può avvenire anche in maniera preventiva e generalizzata”*. A quel punto, il responsabile del procedimento potrebbe ravvisare dei motivi ostativi allo svolgimento a distanza, nel qual caso dovrebbe avvisare le parti ed invitarle a presenziare fisicamente (nel Regolamento non è precisato, ma è evidente che l'atto del responsabile avrebbe una sua autonomia ed efficacia esterna rispetto al procedimento, pertanto dovrebbe essere ben motivato). Nel caso di accoglimento della richiesta, invece, *“nel giorno e nell'ora fissati per l'udienza, il responsabile del procedimento, o il suo delegato, contatta le parti che hanno inteso partecipare a distanza secondo le modalità telematiche indicate”* e, prima di iniziare la discussione *“verifica che la comunicazione a distanza avvenga con modalità tali da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca possibilità di udire quanto viene detto e, in caso di videoconferenza, la visibilità delle persone presenti in entrambe le sedi”*, dandone atto a verbale di udienza. Per la formalizzazione di quanto avvenuto, poi, è previsto che *“Al termine dell'udienza il verbale viene trasmesso in formato file di “Word” alla parte che ha partecipato a distanza, che provvede ad apporre la propria firma digitale al documento ed a restituirlo, sempre a mezzo e-mail, al responsabile del procedimento. Il responsabile del procedimento, o il suo delegato, provvede a sottoscrivere il verbale, così come le parti presenti in udienza, dando atto della sottoscrizione tramite firma digitale di quelle partecipanti a distanza. Copia del verbale è rilasciata alle parti presenti, e trasmessa in forma digitale a quelle partecipanti a distanza”* mentre la versione elettronica è conservata presso l'Ufficio.

³⁶⁶ Peraltro l'articolo 17 del Regolamento provvede a specificare che allo stesso risultato (decisione sulla base degli atti) si deve pervenire anche nel caso in cui l'udienza di discussione vada deserta, non potendo attribuirsi a tale circostanza alcun significato probatorio rispetto al merito della controversia: *“Il fatto che una delle parti non si presenti o si astenga dal far valere in udienza le proprie ragioni non può essere interpretato come accettazione delle ragioni della controparte, né come rinuncia all'istanza. In tal caso la controversia è comunque definita alla luce di quanto risulta dalla documentazione acquisita agli atti e tenuto conto delle difese scritte svolte dalle parti”*.

Tuttavia al riguardo deve notarsi che, per una prassi largamente diffusa e praticamente consolidata, l'udienza di discussione viene (immancabilmente) fissata, sia dinanzi ai Comitati regionali che dinanzi all'Autorità (per le controversie la cui competenza territoriale ricade su Comitati regionali che ancora non hanno acquisito le deleghe per la definizione amministrativa delle stesse e che possono, dunque, soltanto svolgere la fase relativa al tentativo di conciliazione obbligatorio).

I motivi di una simile scelta procedimentale verso la fissazione dell'udienza di discussione non coincidono esattamente con quelli astrattamente previsti dal regolamento (richiesta delle parti o necessità istruttorie), ma generalmente sono riconducibili alla necessità, in una parola, di facilitare l'esercizio del potere arbitrale e di "decongestionare" le strutture.

L'udienza di discussione, invero, non soltanto può offrire elementi preziosi per comprendere a fondo le situazioni di fatto sottoposte a giudizio, ma è anche un'ottima sede per raggiungere un accordo bonario sulle questioni controverse, considerato che *"All'udienza le parti sono ammesse ad illustrare oralmente le rispettive posizioni e possono farsi assistere da consulenti o rappresentanti delle associazioni di consumatori"*³⁶⁷.

Non a caso, dunque, nel Regolamento è previsto che *"Le parti compaiono all'udienza di discussione personalmente"*³⁶⁸ e che *"esse possono farsi rappresentare da soggetti muniti di procura generale o speciale purché idonea a conciliare o transigere la controversia, conferita con atto pubblico o con scrittura privata autenticata ovvero con scrittura privata corredata della fotocopia di un documento di identità del delegante"*³⁶⁹.

Si consideri, sul punto, che – effettivamente – una larghissima parte delle controversie azionate si conclude con una conciliazione raggiunta in sede di udienza dinanzi al responsabile del procedimento e ciò, per vero, può

³⁶⁷ Articolo 16, comma 5.

³⁶⁸ Ovvero, in caso di persone giuridiche, in persona del legale rappresentante.

³⁶⁹ Articolo 16, comma 4.

indubbiamente far riflettere su quel profilo di “terzietà” dell’Arbitro che nel sistema Agcom sarebbe carente.

Sembra infatti innegabile che, dinanzi alla Istituzione, in sede di udienza di discussione, vi sia un tendenziale “ammorbidimento” delle posizioni originariamente inflessibili del soggetto professionale che, all’evidenza (per essere ormai alla fase arbitrale), non ha in precedenza accolto le richieste di controparte né nella fase di reclamo aziendale (non obbligatoria, ma comunque generalmente esperita), né in quella, naturale, di conciliazione.

Per un certo verso, la circostanza potrebbe anche spiegarsi avendo riguardo ad un profilo organizzativo o di *policy* aziendale, nel senso che la gestione del contenzioso con la clientela (o, perlomeno, di un certo tipo di contenzioso) viene per scelta affrontata quando si avvia l’ultima fase (appunto, quella arbitrale), per non disperdere le risorse, per testare la serietà delle contestazioni e per “liberarsi”, in definitiva, di coloro che “rinunciano” alla tutela, abbandonando la procedura per i motivi più disparati.

Per altro verso, però, è anche vero che la presenza dell’Organo di vigilanza e controllo (il quale, peraltro, diversamente dagli altri Organi sinora esaminati, non ha limitazioni di sorta nel potere di rilevare eventuali illeciti amministrativi nel corso del procedimento di risoluzione di una controversia) è indubbiamente un buon deterrente dal perseverare in una condotta violativa del contratto quando la stessa integri, al contempo, la violazione di un precetto amministrativamente sanzionabile dall’Autorità.

Certo, non tutte le violazioni contrattuali integrano una violazione amministrativa; tuttavia, non è infrequente che tra i risvolti dei fatti descritti dall’utente vi sia anche una condotta rilevante per l’Organo di vigilanza³⁷⁰.

³⁷⁰ Per fare gli esempi più noti e ricorrenti, si pensi alla sospensione della linea (che, in presenza di una contestazione, non può essere operata se l’utente ha pagato la parte non contestata, e che comunque necessita di un preavviso, ai sensi dell’articolo 5 della delibera n. 173/07/Cons) ovvero alla mancata risposta ad un reclamo, che non soltanto comporta la corresponsione di un indennizzo per l’inadempimento contrattuale, ma anche l’applicazione di una sanzione (con un minimo edittale di circa 10.000 euro, ai sensi dell’articolo 1, comma 31, della Legge n. 249/1997) per la violazione dell’articolo 8, comma 4, della Direttiva generale già citata, approvata con la delibera n. 179/03/CSP, secondo cui “*L’organismo di telecomunicazioni comunica all’utente l’esito del reclamo. In caso di accoglimento del reclamo, l’organismo di telecomunicazioni indica i provvedimenti o le misure soddisfatti per rimuovere le irregolarità riscontrate e per il ristoro dei*”

Pertanto, ben può comprendersi per quale motivo si preferisca evitare di cristallizzare in un verbale di audizione, ovvero in un provvedimento amministrativo conclusivo del procedimento, fatti contrattuali da cui potrebbe derivare la responsabilità amministrativa dell'operatore.

Ciò premesso, qualora invece la controversia non si componga bonariamente nel corso dell'udienza di discussione (ovvero nel corso del procedimento, per contatti esterni delle parti, come è anche possibile e frequente), il procedimento prosegue per la definizione.

Dopo un'eventuale istruttoria di approfondimento disposta dal responsabile del procedimento, da svolgersi in contraddittorio³⁷¹ (che tuttavia non dovrebbe servire a supplire le carenze probatorie delle parti)³⁷² il medesimo

pregiudizi arrecati. In caso di rigetto, la risposta in esito al reclamo è in forma scritta, è adeguatamente motivata ed indica gli accertamenti compiuti". Sul punto si veda, ad esempio, il provvedimento sanzionatorio n. 660/11/Cons recante "Ordinanza ingiunzione alla società Telecom Italia S.p.A. per la violazione dell'articolo 8, commi 4, della delibera n. 179/03/CSP relativamente alle modalità di gestione dei reclami.(Proc. sanz. n. 40/11/DIT)", nella cui parte motiva si legge "Il comportamento posto in essere dall'operatore nella gestione dei reclami evidenzia comunque una colposa negligenza, in quanto se pur è vero che non sussiste obbligo regolamentare di rispondere per iscritto in caso di accoglimento del reclamo, l'organismo di telecomunicazioni è comunque tenuto a comunicare all'utente, in caso di accoglimento, gli esiti delle verifiche, indicando i provvedimenti o le misure soddisfatti per rimuovere le irregolarità riscontrate e per il ristoro dei pregiudizi arrecati. Inoltre i fatti accertati hanno evidenziato un comportamento recidivo dell'operatore che non ha risposto né ha comunicato in altra modalità le verifiche del caso, pur in presenza di due reclami inviati dall'utente via fax e per raccomandata a/r, nei quali sono state dettagliatamente rappresentate le doglianze del caso".

³⁷¹ La norma dell'articolo 18 del Regolamento, infatti, ipotizza l'apertura di un sub-procedimento di approfondimento istruttorio, che può sospendere il termine di conclusione del procedimento fino ad un massimo di 60 giorni: "1. Se nel corso del procedimento emerge la necessità, ai soli fini istruttori, di assicurare la partecipazione al procedimento di altri soggetti interessati, il responsabile del procedimento provvede, se del caso, a convocarli in udienza ovvero a rivolgere loro apposite richieste istruttorie. 2. Nel caso in cui il responsabile del procedimento disponga l'acquisizione di documenti, perizie o altri elementi conoscitivi anche ai sensi del comma 1, ne è data comunicazione alle parti del procedimento ed il termine per la definizione della controversia è sospeso per il tempo necessario alla relativa acquisizione, comunque non superiore a sessanta giorni. Nei casi suddetti, gli oneri economici necessari per il compimento delle perizie sono anticipati dalla parte che ne ha fatto richiesta ovvero, se disposte d'ufficio, provvisoriamente ripartiti secondo equità. I documenti acquisiti sono integralmente accessibili per le parti, che in qualsiasi momento possono richiedere al responsabile del procedimento, anche per le vie brevi, di prenderne visione. 3. Le parti possono nominare, dandone comunicazione all'Autorità entro cinque giorni dalla comunicazione di cui al comma 2, un proprio consulente tecnico, il quale può assistere a tutte le operazioni svolte dal consulente nominato dall'Autorità e presentare relazioni scritte e documenti".

³⁷² La limitazione è contenuta nelle Linee Guida fornite dall'Autorità ai Corecom per l'attività di definizione delle controversie (redatte da un gruppo di lavoro costituito ai sensi della Determina

responsabile presenta una relazione corredata da una bozza di provvedimento, che il Direttore della struttura competente, per il tramite del Segretariato generale, trasmette all'Organo collegiale³⁷³.

5/08/DIT – Direzione tutela dei consumatori), in particolare nel paragrafo 3 della Parte III: “*III.3.1 Istruttoria: Il Regolamento prevede ampi poteri d'ufficio per la definizione amministrativa, a prescindere da una specifica richiesta delle parti. E' infatti possibile acquisire documenti, perizie o elementi conoscitivi, dalle parti o da terzi, ovvero ampliare l'istruttoria verso altri soggetti, che possono essere convocati in udienza oppure semplicemente destinatari di apposite richieste finalizzate ad una esatta ricostruzione dei fatti e delle responsabilità, senza che per questo possano poi divenire parti del procedimento, coinvolte nella pronuncia (il Regolamento precisa infatti “a soli fini istruttori”). Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'utente lamenti il distacco della linea da parte di Telecom Italia, richiedendo la definizione della controversia nei confronti della società, ma quest'ultima eccepisca di aver ricevuto una richiesta di subentro da un altro gestore e di aver pertanto disattivato l'utenza per darvi seguito. Il responsabile del procedimento potrà allora disporre un'integrazione istruttoria nei confronti dell'altro gestore, per acquisire la sua versione dei fatti, ma non potrà estendere l'eventuale pronuncia di condanna nei suoi confronti, neanche qualora sia confermata la versione di Telecom Italia. La conseguenza sarà invece il rigetto della domanda nei confronti del gestore risultato non responsabile. La parte poi potrà eventualmente esperire la procedura nei confronti dell'operatore responsabile, all'occorrenza avvalendosi delle risultanze riassunte nel provvedimento di rigetto della prima istanza. III.3.2. Onere della prova: a prescindere dai poteri d'ufficio riconosciuti al responsabile del procedimento, nel procedimento di definizione valgono le regole ordinarie sulla ripartizione dell'onere della prova fra le parti previste dal Codice civile ed applicabili al rito ordinario. Ne consegue che – trattandosi della maggior parte dei casi di fattispecie inerenti a rapporti contrattuali – la norma di riferimento sarà sempre quella di cui all'art. 1218 Cod. civ., secondo cui il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. In base alla consolidata interpretazione giurisprudenziale di tale articolo, quindi, il creditore della prestazione, tipicamente l'utente, dovrà limitarsi a dedurre l'esistenza del contratto fra le parti ed il suo contenuto, mentre il debitore della prestazione, cioè l'operatore, dovrà fornire la prova del proprio adempimento, perché, in mancanza, l'inadempimento o l'inesatto adempimento denunciati saranno confermati. Varrà anche la regola sulla responsabilità per fatto degli ausiliari, art. 1228 Cod. civ., secondo cui, salva la diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro. Questo impedirà all'operatore con cui l'utente ha il rapporto contrattuale di sottrarsi alle proprie responsabilità, per esempio addebitando il ritardo nella riparazione di un guasto al comportamento dei tecnici incaricati. A ciò si aggiunga, infine, che l'utente non sarà neanche tenuto a fornire la prova dei danni derivanti dall'inadempimento, dato che – come si vedrà sub art. 19 – gli indennizzi da inadempimento contrattuale, oggetto della pronuncia, sono già predeterminati”.*

³⁷³ Articolo 19, comma 1, del Regolamento. Si noti che ai sensi del sesto comma del medesimo articolo, la pronuncia giustiziale potrebbe anche essere resa dalla struttura dell'Autorità. E' invero previsto che “*La definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente i 500,00 euro alla data in cui l'Autorità riceve la domanda, senza computare eventuali interessi, diritti fissi e spese, è delegata al Direttore, salvo nei casi di straordinaria rilevanza regolamentare, giuridica o tecnica, che possono essere rimessi alla decisione dell'Organo Collegiale. La motivazione della decisione deve essere particolarmente sintetica e concentrarsi sulle questioni di diritto sostanziale che costituiscono l'oggetto principale della controversia*”. Nel caso in cui la funzione decisoria sia svolta dal Co.re.com, la delega al Direttore può essere disposta conformemente alla normativa regionale.

Per ciò concerne i termini di conclusione del procedimento di definizione amministrativa delle controversie, invece, utili a valutarne il requisito della snellezza e semplicità, può notarsi che dagli originari 90 giorni³⁷⁴, si è passati, nel tempo, al termine espressamente ordinatorio di 150 giorni³⁷⁵ ed infine al diverso termine (sempre ordinatorio) di 180 giorni, indicato nel Regolamento a seguito delle modifiche da ultimo inserite con la citata delibera n. 597/11/Cons, nella cui parte motiva è appositamente spiegato che *“In considerazione della natura della procedura di definizione delle controversie, che richiede un accurato contraddittorio tra le parti, della possibile complessità delle materie trattate e della relativa ricostruzione, con conseguente probabile coinvolgimento nell’istruttoria di soggetti terzi, si ritiene congruo portare il termine per la conclusione del procedimento, stabilito al comma 1 dell’articolo 16, a centottanta giorni”*.

Il progressivo ampliamento dei termini del procedimento – in inversione di tendenza, per vero, con gli indirizzi comunitari, da ultimo fissati nella proposta di direttiva in materia di ADR di cui si è già trattato – si giustifica principalmente con l’elevato numero di controversie che vengono quotidianamente sottoposte alla decisione dell’Autorità o dei Corecom delegati, le cui strutture, oggettivamente, non potrebbero “evadere” una simile domanda di giustizia in tempi più brevi, così ledendo quei principi di buon andamento ed efficienza dell’azione amministrativa sui quali gli interessati legittimamente confidano.

Pertanto, essendo pacifico che l’Amministrazione non potrebbe “discolparsi” rispetto ad un eventuale ritardo adducendo la carenza organizzativa o di risorse delle proprie strutture (poiché a ciò osterebbe una giurisprudenza piuttosto consolidata), la soluzione percorsa dal Regolatore è stata

³⁷⁴ Previsto dall’articolo 15, comma 1, del primo Regolamento adottato dall’Autorità con la già citata delibera n. 182/02/Cons.

³⁷⁵ Previsto e così qualificato nell’articolo 16, comma 1, nella prima versione della delibera 173/07/Cons come *modificata con la delibera n. 502/08/CONS del 29 luglio 2008*.

necessariamente quella di protrarre – fino a raddoppiarli – i termini di conclusione del procedimento³⁷⁶.

Ciò premesso, tuttavia, non sembra potersi affermare che l'attuale termine di sei mesi possa ritenersi effettivamente lesivo degli interessi degli istanti.

Si tratta, invero, di un termine abbastanza ridotto – e notevolmente più breve di quello che dovrebbe trascorrere in caso di difesa giudiziale dei medesimi interessi – che peraltro è riferito ad una procedura squisitamente volontaria, nella quale la scelta di adire l'Organo amministrativo specializzato è lasciata alla parte (che ben potrebbe, per contro, rivolgersi al Magistrato), anche nella sua eventuale ipotesi di ripensamento, potendo la parte in ogni momento rinunciare all'istanza ed avviare il contenzioso giudiziale³⁷⁷.

A ciò si aggiunga, definitivamente, che – come si vedrà nel prossimo paragrafo – nel corso della procedura di definizione amministrativa della controversia dinanzi all'Agcom è possibile ottenere una sorta di “tutela cautelare”, a seguito della quale gli operatori possono essere obbligati a riattivare i servizi sospesi ovvero a cessare altre forme di abuso comportamentale: è dunque senz'altro scongiurato il rischio che il tempo necessario alla definizione amministrativa della controversia si traduca in vuoto di tutela gravemente pregiudizievole per l'utente, riducendosi, il più delle volte, l'oggetto del provvedimento finale ad un rimborso o storno di somme non dovute ovvero al riconoscimento di un indennizzo contrattuale, che peraltro produce interessi.

³⁷⁶ D'altro canto, si ricorda che l'articolo 2, comma 5, della citata Legge n. 241/1990 stabilisce che “Fatto salvo quanto previsto da specifiche disposizioni normative, le autorità di garanzia e di vigilanza disciplinano, in conformità ai propri ordinamenti, i termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza”.

³⁷⁷ Alla luce di queste considerazioni, potrebbe non ritenersi esperibile con riferimento al potere giustiziale dell'Autorità, perlomeno con riferimento alla azione obbligatoria della P.A., l'azione di risarcimento del danno prevista dall'articolo 30, comma 2, del Codice del processo amministrativo, approvato con il già citato decreto 104/2010, secondo cui “*Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria*”. Permane, forse, il dubbio se una simile azione possa esperirsi per “*illegittimo* (cioè violativo del termine) *esercizio dell'attività*” (obbligatoria o non obbligatoria).

Per quanto riguarda gli eventuali costi del procedimento, va segnalato che – perlomeno all’attualità – la procedura arbitrale presso i Corecom e l’Autorità è totalmente gratuita.

In ogni caso, nella consapevolezza che la gratuità della procedura certamente non implica la totale mancanza di spese per le parti, nel regolamento è stabilita una disciplina per il rimborso delle spese, che l’Organo decidente può deliberare (anche a prescindere da un’apposita domanda di parte) quando definisce la controversia in applicazione di una serie di criteri che sono chiaramente improntati a principi di ragionevolezza e giustizia sostanziale, poiché tengono anche conto dell’esito della lite e del fatto che il procedimento arbitrale è la conseguenza di una conciliazione mancata³⁷⁸.

In particolare, infatti, l’articolo 19 del regolamento stabilisce che l’Autorità *“nel determinare rimborsi ed indennizzi, tiene conto del grado di partecipazione e del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione e può riconoscere altresì il rimborso delle spese necessarie e giustificate per l’espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità”*.

In ogni caso, comunque, se l’operatore non ha partecipato all’udienza fissata per la conciliazione senza addurre giustificati motivi, il Regolamento

³⁷⁸ Nelle citate Linee Guida per i Corecom, l’Autorità, in particolare, ha chiarito che: *“Il Regolamento (art. 19, c. 6) prevede che con la definizione possano essere liquidate le spese di procedura, giustificate e necessarie, secondo criteri di equità e proporzionalità, tenendo conto del comportamento delle parti anche nel corso del procedimento di conciliazione. La formulazione della norma implica, innanzitutto, che le spese possano essere liquidate a prescindere dalla domanda di parte e che la liquidazione, in ogni caso, non debba necessariamente coincidere con gli importi documentati dalle parti, bensì debba essere decisa dall’Amministrazione secondo criteri non solo di giustificazione e necessità delle voci di spesa (per esempio un volo aereo per partecipare alla udienza di discussione), ma anche di equità e proporzionalità (si rimborserà l’equivalente di un volo in classe economica piuttosto che in business). Il comportamento tenuto dalle parti può inoltre influenzare la liquidazione (si pensi all’operatore che non abbia voluto chiudere la vicenda in via conciliativa per poi ammettere ogni responsabilità in sede di definizione, in pratica dunque riconoscendo di aver costretto l’utente ad affrontare le spese di definizione). Anche l’esito della definizione della controversia, inoltre, può essere significativo ai fini della liquidazione delle spese, secondo gli ordinari criteri processuali: se all’accoglimento integrale delle istanze potrà far seguito una integrale copertura delle spese, dall’accoglimento parziale o dal rigetto delle istanze potrà invece derivare la compensazione parziale o integrale delle spese di procedura fra le parti. L’esito della definizione, invece, non dovrà essere considerato (e l’utente avrà comunque diritto perlomeno alle spese affrontate per la procedura di conciliazione) nel caso in cui l’operatore, pur avendo reso noto di voler partecipare all’udienza di conciliazione, non si presenti senza giustificato motivo”*.

prevede che l'Organo deve rimborsare all'utente, se presente all'udienza ed indipendentemente dall'esito della controversia, le spese sostenute per l'esperimento del tentativo di conciliazione³⁷⁹.

6. Effettività della tutela davanti all'Agcom

L'ultimo profilo di qualità da esaminare, come si ricorderà, concerne la effettività della tutela ottenibile dinanzi all'arbitrato residente presso l'Agcom.

In altre parole, occorre chiedersi se l'utente che decida di rivolgersi all'Agcom piuttosto che alla Magistratura ordinaria, possa veder adeguatamente soddisfatte le sue ragioni.

La questione, come è ovvio, non riguarda la fase di conciliazione obbligatoria dinanzi all'Autorità. Per tale fase, invero, la scelta dell'utente non è libera, non si tratta dunque di una scelta che possa valutarsi in termini "concorrenziali" utilizzando concetti che attengono ai profili di qualità del servizio ADR (da preferire alla Magistratura).

La valutazione concerne infatti la sola fase di definizione amministrativa della lite e qui rilevano, come già visto per gli altri sistemi, determinati aspetti più significativi.

Un primo riferimento, per esempio, è alla competenza (e alla sua ampiezza), per comprendere se tutte le domande che avrebbero potuto essere poste dinanzi alla Magistratura possano essere presentate anche all'Agcom, con specifica attenzione, naturalmente, alla domanda che, in definitiva, è la più importante per la tutela dei diritti, vale a dire la domanda di risarcimento dei danni.

³⁷⁹ In linea generale, può affermarsi che le spese sono solitamente riconosciute in cinquanta euro o cento euro per ogni fase (conciliazione e definizione), più le eventuali spese documentate per viaggi, documenti, o spese amministrative (se la fase di conciliazione si è svolta dinanzi alle CCIAA). Vi è al riguardo una tabellina proposta dalla Direzione tutela dei consumatori dell'Autorità, la cui applicazione è consigliata ai Corecom delegati.

Un secondo fondamentale indice di qualità, poi, può trovarsi nella efficacia più o meno vincolante del provvedimento finale della fase arbitrale, per comprendere se, una volta conclusa la procedura, l'utente del servizio ADR abbia ottenuto un titolo azionabile a garanzia dell'adempimento.

Infine, con riferimento all'ADR dell'Agcom e alla effettività della tutela con essa conseguibile, non può sottrarsi l'esistenza di una caratteristica assolutamente originale, ottima in ottica di qualità del servizio, che consiste, in pratica, in un vero e proprio potere cautelare, che garantisce una tutela interinale nell'attesa del provvedimento finale.

Come meglio si dirà nel prosieguo, ciò è dovuto principalmente al fatto che, nel settore rientrante nella competenza dell'Agcom, diversamente dagli altri settori, nei quali la possibilità è più "sfumata", gli operatori professionali hanno a disposizione un'arma di pressione molto forte verso gli utenti: la sospensione dei servizi.

La possibilità di sospensione (cosiddetta amministrativa)³⁸⁰ dei servizi, in sostanza, ribalta del normali regole del gioco contrattuale (in particolare, la regola dell'*exceptio inadimplenti*) ed è suscettibile di vanificare qualsiasi sforzo di tutela, essendo l'espressione massima della disparità di posizione che intercorre tra le parti contrattuali.

L'utente che lamenti un ritardo o un malfunzionamento e si rifiuti conseguentemente di pagare un determinato servizio e poi si trovi sospesa la linea telefonica ovvero il servizio internet, infatti, sarà molto più portato a rinunciare alla contestazione della fattura pur di riottenere velocemente la fornitura.

Con la richiesta del provvedimento d'urgenza, pertanto, opportunamente prevista dal Legislatore, l'utente potrà ottenere una tutela veloce, consistente, in

³⁸⁰ La sospensione è detta amministrativa quando è determinata, appunto, da un problema amministrativo (tipicamente, il mancato pagamento). Altrimenti è una sospensione tecnica, dovuta ad un malfunzionamento ovvero ad altri motivi (per esempio ad un intervento di riparazione di zona). Anche la sospensione tecnica, comunque, può dar luogo a ricorso cautelare, se si deduce che il servizio funziona in maniera costantemente inferiore (per esempio, sospensione a singhiozzo) di quella promessa. In pratica, si obbliga l'operatore ad intervenire in tempi accelerati.

pratica, nella riattivazione dei servizi, nell'attesa di discutere il merito della questione³⁸¹.

Ciò premesso in linea generale, per quanto concerne l'ampiezza di competenza dell'arbitrato dell'Autorità, può affermarsi che praticamente quasi tutte le fattispecie contrattuali (e precontrattuali) sembrano rientrare *de plano* nell'ambito oggettivo del citato Regolamento³⁸².

E' invero previsto che *“sono rimesse alla competenza dell'Autorità le controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti finali ed operatori, inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale ed ai diritti degli utenti finali stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi”*³⁸³.

³⁸¹ Sull'argomento si veda ATELLI, M., *Provvedimenti temporanei in materia di sospensione del servizio*, in *Obblig. e contr.*, 2007, 665.

³⁸² Si legge infatti nelle Linee Guida citate che “Il richiamo a tutte queste “fonti” permette dunque un'indagine particolarmente estesa, che quindi non deve essere limitata ai diritti degli utenti stabiliti dalle norme di settore, ma può legittimamente comprendere qualsiasi riferimento normativo (si pensi, in ipotesi, ai principi e regole stabiliti dal Codice del Consumo), con la conseguenza che possono essere sottoposte alla definizione amministrativa in pratica tutte le fattispecie derivanti da rapporti precontrattuali e contrattuali tra l'utente e l'operatore di comunicazione elettronica e, talvolta, da rapporti extracontrattuali (si pensi alla lesione del diritto alla trasparenza delle informazioni)”.

³⁸³ Articolo 2 del Regolamento citato. Si consideri, invece, che sono escluse dalla competenza *“le controversie attinenti esclusivamente al recupero di crediti relativi alle prestazioni effettuate, qualora l'inadempimento non sia dipeso da contestazioni relative alle prestazioni medesime. In ogni caso, l'utente finale non è tenuto ad esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'articolo 3 per formulare eccezioni, proporre domande riconvenzionali ovvero opposizione a norma degli articoli 645 c.p.c. e ss. 3. Sono, altresì, escluse dall'ambito applicativo del presente regolamento le controversie promosse ai sensi degli articoli 37, 139, 140 e 140 bis del Codice del consumo, nonché le controversie attinenti esclusivamente a profili tributari o fiscali”*. Quest'ultima precisazione, di recente inserimento (con la citata delibera 597/11/Cons) ha tentato di arginare la problematica delle questioni sottoposte a giudizio dell'Autorità in materie molto particolari, nelle quali il rapporto utente/operatore cede il passo a questioni di più ampio respiro. Si legge invero nella delibera citata, nella parte che motiva le modifiche, che *“Alla luce di alcune incertezze interpretative in ordine alla lettura dell'articolo 2 del Regolamento, si ritiene opportuno circoscrivere più precisamente l'ambito di applicazione della disciplina ivi delineata, in particolare escludendola espressamente sia per la fattispecie di cui all'articolo 140bis del Codice del consumo (c.d. Class Action), sia, coerentemente con quanto già espresso relativamente alle spese di spedizione fattura con l'atto d'indirizzo di cui alla delibera n. 32/11/CIR, per le controversie attinenti esclusivamente a profili fiscali e tributari. La risoluzione delle controversie in suddette materie, infatti, non può ritenersi di competenza di questa Autorità per il solo fatto che le stesse nascano nei rapporti tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche, dovendosi considerare, invece, prevalente l'elemento oggettivo, e dunque la competenza ratione materiae degli organi giudiziari preposti”*. Fermo quanto sopra, il problema nasce, in sostanza, per la questione delle spese postali per l'invio delle fatture, spese sulle quali gli operatori computano

La competenza, dunque, è oggettivamente ampia, e *de plano* ricomprende le trattative precontrattuali, posto che molte delle norme cui fa riferimento il riportato precetto sono dedicate alla fase di informazione che precede il contratto³⁸⁴.

La norma sulla competenza, naturalmente, va poi letta in combinato disposto con la norma che disciplina le possibili pronunce dell'Autorità, secondo la quale *“L'Autorità, con il provvedimento che definisce la controversia, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute (che può equivalere allo storno delle somme non dovute che ancora non siano state pagate, n.d.r.) o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità”*³⁸⁵.

l'Iva. La questione, nel tempo, ha suscitato un grande interesse, essendo suscettibile di una significativa moltiplicazione dei casi di richiesta di rimborso dell'Iva da parte degli utenti. Le prime controversie esaminate in materia hanno visto però l'Autorità pronunciarsi (a favore del rimborso, delibera 26/07/CIR) in maniera antitetica alla Corte di Cassazione. Più recentemente, invece, la Suprema Corte (sentenza n. 3532 del 13 febbraio 2009) ha spiegato che le spese per l'invio postale della fattura non possono formare la base imponibile Iva, poiché sono a carico del cliente e soltanto anticipate dal gestore, così riavvicinandosi alla prima interpretazione dell'Agcom (la quale, però, si è ormai come sopra “spogliata” della competenza).

³⁸⁴ Al riguardo si vedano le delibere 44/09/CIR e 109/10/CIR, secondo cui *“Le comunicazioni rese ai clienti in ordine ai servizi di comunicazioni elettroniche devono essere effettuate nel rispetto di quanto normativamente previsto, secondo gli indicati standard di trasparenza”*, con la contestuale specificazione, però, che *“qualora dal mero contatto tra l'operatore e l'utente non sia poi scaturito un accordo contrattuale e non vi sia dunque la prova del coinvolgimento dell'operatore nei fatti lamentati dall'utente, in caso di contestazione spetta a quest'ultimo dimostrare le violazioni denunciate (per esempio, quelle di aver ricevuto sollecitazioni o chiamate finalizzate alla stipula di un contratto senza informazioni trasparenti)”*. Resta comunque principio generale, desumibile dalle norme dell'Autorità, che (Delibera 20/08/CIR) *“Gli utenti (...) hanno diritto ad essere informati in modo chiaro, esatto e completo delle specifiche tecniche ed economiche dei servizi, nonché delle relative modalità di fornitura, anche ai sensi dell'art. 4 della delibera n.179/03/CSP e del Codice delle comunicazioni elettroniche, poiché solo in questa maniera è effettivamente tutelato il loro diritto di scelta e la conseguente possibilità di orientarsi verso una diversa offerta commerciale. Peraltro tali obblighi informativi sono sempre assunti dai vari gestori anche nelle Carte dei Servizi”*.

³⁸⁵ Si ricorda che l'Autorità decide (o, perlomeno, ha deciso di decidere) anche secondo equità, in applicazione dei principi comunitari già visti. Nelle Linee Guida per i Corecom è infatti spiegato che *“... si ricordi che, ove necessario e possibile, la pronuncia potrà essere adottata anche in applicazione di principi di equità, adeguatamente motivati. La natura discrezionale del potere di risoluzione delle controversie dell'Autorità, come qualsiasi altra pubblica amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni, importa, infatti, il riconoscimento di un potere di apprezzamento di tutte le circostanze di fatto che hanno condizionato il rapporto (contrattuale o extracontrattuale) che le viene sottoposto, al fine – all'occorrenza – di ricondurlo ad equità*

In altre parole, quindi, come anche è spiegato nelle Linee Guida citate, “*si deve sempre avere presente che sebbene sussista il potere-dovere di riferirsi e di utilizzare, nella valutazione della fattispecie sottoposta a definizione, tutte le norme e i principi generali dell’ordinamento ed anche all’equità, vi sono comunque delle istanze che dovranno essere dichiarate inammissibili, poiché non rientranti nel possibile oggetto della pronuncia sopra descritto*”³⁸⁶.

Un discorso a parte merita l’istanza di *risarcimento dei danni* (che in linea generale è da ritenersi inammissibile).

Il Regolamento, invero, all’articolo 19, comma 5, stabilisce chiaramente che “*Resta salva la possibilità per le parti di far valere in sede giurisdizionale il maggior danno*”.

La dizione della norma, letta in combinato con la precedente sul possibile contenuto della pronuncia (rimborsi, storni, indennizzi), non lascia dubbi sul fatto che per il danno si debba andare dinanzi alla Magistratura.

Ciò, effettivamente, potrebbe essere un limite, così come – come già rilevato con riferimento alle pronunce dell’ABF – sarebbe un limite al possibile gradimento della procedura Adr il sistematico rigetto delle istanze di risarcimento dei danni, attribuendo soltanto (in ritardo) quanto originariamente si doveva avere con l’adempimento esatto (che in pratica è ciò che fa l’ABF).

tramite una pronuncia che riequilibri le posizioni delle parti nel pubblico interesse; d’altro canto, la valutazione equitativa costituisce uno dei parametri indicati nelle due raccomandazioni comunitarie sulla risoluzione non giurisdizionale delle controversie, la n. 258 del 1998 e la n. 310 del 2001, mentre la delibera 173/07/CONS, nelle sue premesse oltre che negli articoli dedicati alla conciliazione e alla decisione della lite, fa esplicito riferimento all’equità quale criterio di giudizio”.

³⁸⁶ E’ interessante segnalare i casi in cui il responsabile del procedimento inviò una comunicazione di inammissibilità poiché l’utente aveva chiesto l’annullamento della graduatoria di un concorso a premi organizzato da un operatore oppure la rimozione di impianti radio-elettrici o tralicci installati sulla sua proprietà. In questi casi, se l’istanza inammissibile è l’unica presentata, il procedimento di definizione non deve essere avviato e alla parte istante dovrà essere inviata una comunicazione di inammissibilità. Se, invece, l’utente ha proposto anche altre istanze da ritenersi ammissibili, si darà avvio al procedimento e, con la definizione, le istanze inammissibili saranno indicate come tali.

Il sistema Agcom, però, è per legge corredato di un ottimo strumento di tutela costituito dall'indennizzo (così come visto per la Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob, che però, purtroppo, non funziona).

Si ricorda, invero, che gli operatori che forniscono servizi di comunicazioni elettronica, considerati servizi di pubblica utilità, strettamente correlati all'esercizio di diritti fondamentali della persona umana, provengono da un iniziale regime di monopolio che, andatosi liberalizzando dalla fine degli anni '90 del secolo scorso, con l'accompagnamento, appunto, di un'Autorità di garanzia.

Per la loro qualità di servizi di pubblica utilità, dunque, nella già citata legge istitutiva delle Autorità per detti servizi, n. 481/1995, era già previsto che, all'articolo 2, comma 12, che tra le funzioni affidate alle Autorità al fine di tutelare gli interessi degli utenti di servizi di pubblica utilità vi fosse quella di quella di controllare *“lo svolgimento dei servizi con poteri di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle notizie utili, determinando altresì i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell'utente ove il medesimo soggetto non rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento di servizio ...”*.

La doverosità della previsione di indennizzi nel settore, poi, è stata ampiamente ribadita nonché nel Codice delle comunicazioni elettroniche, di derivazione comunitaria³⁸⁷.

E' proprio nelle premesse alla Direttiva 2002/22/CE, invero, che si ritrova un passaggio sulla necessità dell'indennizzo in sé e del correlato obbligo informativo a carico degli operatori: *“i consumatori dovrebbero beneficiare di un livello minimo di certezza del diritto nelle loro relazioni contrattuali con il*

³⁸⁷ In particolare all'articolo 84, secondo cui *“L'Autorità, ai sensi dell'articolo 1, commi 11, 12 e 13 della legge 31 luglio 1997, n. 249, adotta procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose per l'esame delle controversie in cui sono coinvolti i consumatori e gli utenti finali, relative alle disposizioni di cui al presente Capo, tali da consentire un'equa e tempestiva risoluzione delle stesse, prevedendo nei casi giustificati un sistema di rimborso o di indennizzo”*. Si è già detto, in precedente nota, che la formulazione dell'articolo 84 del Codice sarà presumibilmente cambiata (ma non sul punto degli indennizzi) a seguito della conclusione della fase di recepimento del nuovo pacchetto comunitario in materia di comunicazioni elettroniche.

*proprio fornitore diretto di servizi telefonici, garantita dal fatto che i termini del contratto, le condizioni, la qualità del servizio, le modalità di rescissione del contratto e di cessazione del servizio, le misure di indennizzo e le modalità di risoluzione delle controversie sono precisate nel contratto stesso*³⁸⁸.

La possibilità riconosciuta all'Autorità di liquidare gli indennizzi, dunque, costituisce un tratto distintivo della procedura che certamente è altamente espressivo di un suo buon funzionamento (cioè, della sua qualità).

Il riconoscimento di un indennizzo, infatti, agevola notevolmente la tutela dell'utente, che non è costretto a rispettare un rigoroso onere della prova per la quantificazione del danno, poiché può limitarsi a dedurre il titolo da cui deriva l'indennizzo (il contratto) e il fatto inadempimento.

Le conseguenze – monetarie – di quel fatto, in pratica, in applicazione del noto regime civilistico dell'indennizzo, sono già contrattualmente predeterminate; oggi finanche in un'apposita regolamentazione emanata dall'Autorità³⁸⁹.

³⁸⁸ Considerando n. 30 della Direttiva citata nel testo.

³⁸⁹ Di cui alla già ricordata delibera n. 73/11/Cons, per vero non poco osteggiata dagli operatori del settore, ma che, perlomeno fino ad oggi, in primo grado, ha superato il vaglio giurisdizionale. Va segnalato che, come si legge nella delibera stessa, la necessità di addivenire ad una precisa regolamentazione degli indennizzi è derivata dalla constatazione che *“l'applicazione del regolamento approvato con la delibera n. 173/07/CONS ha evidenziato, nell'ambito dell'attività di definizione delle controversie tra utenti ed operatori, l'esigenza di assicurare uniformità di trattamento delle varie fattispecie di disservizio, individuando un adeguato criterio minimo di calcolo per gli indennizzi applicabili in sede di definizione delle controversie, indipendentemente dall'operatore interessato, nonché di prevedere un'adeguata sperequazione di tale misura a seconda della gravità del pregiudizio arrecato”*. Detto in altre parole, ciò nella pratica si era verificato era che – in parziale inottemperanza a quanto stabilito dalla Direttiva generale più volte citata in materia di carte dei servizi, n. 179/03/CSP, secondo la quale, all'articolo 11, comma 2, gli operatori dovevano indicare nei contratti e nelle Carte dei servizi gli indennizzi e i relativi importi, sia per gli inadempimenti contrattuali che per il mancato rispetto della qualità promessa, gli operatori generalmente indicavano soltanto uno o due importi di indennizzo (tipicamente, quello per il ritardo nella attivazione della linea ovvero per la sospensione della medesima). Conseguentemente, nel definire le controversie, l'Autorità – non avendo parametri di riferimento specifici per ogni inadempimento contrattuale né, quantomeno, un ventaglio più ampio di possibilità – si vedeva costretta a fare un ampio ricorso a criteri equitativi e di analogia, con ogni comprensibile “incertezza” di pronuncia che si veniva a verificare. Molte volte, poi, onde evitare di riformulare gli importi contrattualmente indicati dagli operatori (indicati, però, per i soli inadempimenti di cui si è detto), tali importi venivano utilizzati come base di calcolo per il ristoro di qualsiasi inadempimento. Ciò ha condotto a pronunce nelle quali, per esempio, la mancata risposta al reclamo di un utente protrattasi per mesi, essendo indennizzata pro die con l'importo di 5 euro (contrattualmente stabilito per la sospensione dei servizi), ha comportato la liquidazione di indennizzi di migliaia di euro. Così pure indennizzi sproporzionati sembravano quelli che ci si vedeva costretti a liquidare, in applicazione dell'unico importo di riferimento indicato nelle Carte dei servizi degli operatori, per il ristoro di inadempimenti minori (come, ad esempio, la

Da ciò deriva che pur non potendo ottenere richiedere il risarcimento del danno, l'utente avrà la possibilità di ottenere il riconoscimento degli indennizzi contrattuali ovvero di quelli stabiliti dall'Autorità³⁹⁰.

L'attuale sistema regolamentare, infatti, prevede che gli indennizzi determinati dall'Autorità (che si presumono "migliori") si applicano nelle sede della definizione delle controversie qualora, in pratica, l'operatore non abbia riconosciuto, nelle precedenti fasi di reclamo aziendale o di conciliazione, quelli contrattualmente dovuti³⁹¹.

Resta comunque salva l'eventualità (invero rara) che l'operatore preveda contrattualmente indennizzi migliori di quelli indicati dall'Autorità; nel qual caso, naturalmente, si applicano gli indennizzi contrattuali.

sospensione di un servizio supplementare del contratto ovvero la mancata informazione su alcuni punti). Il riferimento alla analogia è comunque rimasto anche nella delibera sugli indennizzi, il cui articolo 12, comma 3, prevede che *"Per le fattispecie d'inadempimento o disservizio non contemplate dal presente regolamento trovano applicazione, ai fini della definizione delle controversie ai sensi degli articoli 14 e ss. del Regolamento, le misure di indennizzo giornaliero previste per i casi simili dal presente provvedimento, avuto riguardo alla gravità dell'inadempimento e secondo i criteri di cui al comma 1. Se non è possibile ricorrere all'applicazione per analogia prevista dal primo periodo, l'indennizzo è computato in misura giornaliera pari alla metà del canone mensile stabilito per il servizio oggetto del disservizio ovvero, per i servizi gratuiti, secondo equità"*.

³⁹⁰ Sul punto è peraltro opportuno segnalare che, molto spesso, le istanze ricevute dagli utenti sono confuse e atecniche, con la conseguenza che si è reso necessario, nel tempo, evitare troppi formalismi. In particolare, ove possibile, l'istanza di risarcimento dei danni viene intesa (ed istruita) come istanza di liquidazione di un indennizzo. In questo senso vanno anche le Linee Guida, che al riguardo chiariscono: *"...sebbene in linea teorica non sia possibile richiedere il risarcimento dei danni, poiché l'Autorità non ha il potere di accertarli e perché – come si è già accennato – l'oggetto della pronuncia riguarda esclusivamente la liquidazione di indennizzi o il rimborso/storno di somme non dovute, se nell'istanza è formulata esclusivamente una richiesta di risarcimento danni, in applicazione di un criterio di efficienza e ragionevolezza dell'azione, essa potrà essere interpretata come richiesta di accertamento di un comportamento illegittimo da parte dell'operatore e del conseguente diritto all'indennizzo, a prescindere dal nomen juris indicato dalla parte, la quale poi potrà naturalmente rivolgersi all'Autorità ordinaria per ottenere anche la liquidazione dell'eventuale maggior danno. Nel caso in cui, invece, la parte richieda sia la liquidazione degli indennizzi contrattuali che dei danni, in sede di pronuncia la domanda di danni dovrà essere dichiarata inammissibile"*.

³⁹¹ La norma dell'articolo 2, comma 1, della citata delibera, infatti, prevede che *"Le disposizioni del presente regolamento non si applicano nei casi in cui l'operatore abbia già corrisposto gli indennizzi ai sensi delle norme contrattuali prima dell'instaurazione della controversia, o quando, all'esito della fase conciliativa, dal relativo verbale risultino l'impegno dell'operatore al riconoscimento degli indennizzi e le concrete modalità di corresponsione degli stessi"*.

Ad oggi è dunque difficile che la domanda di tutela rimanga sguarnita di idonea soddisfazione monetaria.

Le fattispecie di inadempimento indennizzabili sono state infatti compiutamente disciplinate dall'Autorità e i relativi importi (peraltro determinati all'esito di una complessa consultazione pubblica che ha visto la partecipazione di tutti i soggetti del mercato di riferimento) sono palesemente il risultato di un delicato contemperamento dei vari interessi coinvolti dalla regolamentazione.

Tale contemperamento, peraltro, non è stato effettuato astrattamente, bensì con l'ausilio del bagaglio operativo di una pluriennale esperienza nell'ambito della definizione delle controversie tra utenti e operatori e nel rispetto di principi di proporzionalità e ragionevolezza, per la cui concreta e corretta coniugazione si è fatto ancora riferimento alla predetta esperienza³⁹².

³⁹² L'esempio più concreto della influenza dell'esperienza maturata dall'Autorità nel settore di definizione delle controversie sulla stesura delle norme del Regolamento indennizzi si rileva nella norma finale, di cui all'articolo 13, che disciplina i casi di esclusione degli indennizzi, stabilendo che *"Nei casi in cui l'utente finale abbia utilizzato i servizi di comunicazione elettronica in maniera anomala o, comunque, non conforme alla causa o alle condizioni del contratto stipulato, sono esclusi gli indennizzi previsti dal presente regolamento per i disservizi conseguenti o, comunque, collegati al predetto utilizzo"*. E' però anche previsto il dovere dell'operatore di attivarsi per fermare "l'uso anomalo" del servizio. Il comma 3 del medesimo articolo infatti prevede che *"L'operatore che ometta nel tempo di rilevare l'uso anomalo di cui ai commi 1 e 2 o che, avutane conoscenza, non azioni i rimedi previsti contrattualmente per tale evenienza, non può invocare le esclusioni previste dal presente articolo per la liquidazione degli indennizzi relativi, tra l'altro, alla sospensione o interruzione dei servizi e alla gestione dei reclami"*. Le predette previsioni, infatti, originano da una serie di controversie particolarmente complesse che, a partire dall'anno 2007, affollarono letteralmente gli Uffici della Direzione tutela dei consumatori. In pratica, un operatore aveva immesso sul mercato delle offerte molto vantaggiose, che prevedevano meccanismi di cosiddetta "autoricarica" assai remunerativi (l'autoricarica, si ricorderà, è quel meccanismo che ricarica il credito telefonico ogni qualvolta in cui si riceve una telefonata ovvero un SMS da parte di un utente cliente di un altro operatore, cioè *"off net"*; le offerte con autoricarica esistono perché, stimolando il consumo proveniente da utenti abbonati ad altri operatori di rete, l'operatore che ha posto l'offerta – il cui cliente si fa chiamare dagli altri – guadagna in termini di cosiddetti costi di terminazione). Era dunque invalsa la moda, fra taluni gruppi di utenti, di sfruttare i predetti meccanismi di autoricarica per accumulare ingenti somme di denaro in traffico telefonico (anche per migliaia di euro), presumibilmente tramite sistemi se non elettronici quanto meno automatizzati di invio di traffico (un utente aveva per esempio ricevuto 178.000 SMS in un mese, da cui derivava un credito di autoricarica di circa 7.000 euro). Tali utenti, peraltro, invocando la cosiddetta Legge Bersani, n. 40/2007, secondo la quale in caso di cessazione del rapporto si deve ottenere la restituzione del credito residuo sulla SIM Card, chiedevano all'Autorità di monetizzare il credito come sopra accumulato. Il gestore, dal suo canto, che per lungo tempo aveva permesso l'accumulo, voleva azzerare il credito sulle SIM Card. L'Autorità, pertanto, si trovò a dover individuare un punto di equilibrio – necessariamente in applicazione di criteri di equità – tra due comportamenti entrambi discutibili, quantomeno sotto il profilo contrattuale: da un lato, infatti, gli utenti avevano palesemente utilizzato il servizio per fini di lucro avulsi dallo scopo contrattuale; dall'altro, invece, l'operatore, con il contegno silente, aveva lucrato a sua volta sui costi di terminazione interoperatori, e poi pretendeva, peraltro, di negare

In quest'ottica, quindi, possono leggersi le singole norme del Regolamento indennizzi, che - giustamente - penalizzano gli inadempimenti più gravi (per esempio, sospensione dei servizi) e che, più in generale, modulano la liquidazione in base a determinati criteri (per esempio, aggravando l'indennizzo in caso di utenza cosiddetta "affari")³⁹³.

Così pure sono chiaramente improntati a principi di ragionevolezza e proporzionalità, nell'azione arbitrale dell'Autorità, i criteri temporali per la liquidazione degli indennizzi (che non sono disciplinati dal Regolamento) soprattutto per quei casi nei quali la durata dell'inadempimento va individuata o interpretata con riguardo al complesso delle questioni emerse nella fattispecie (si pensi ad un utente che, non avendo ricevuto risposta ad un reclamo, decida di recedere dal contratto) non potendo essere semplicemente desunta dalle date indicate (come invece normalmente avviene, per esempio, per le sospensioni)³⁹⁴.

tout court qualsiasi importo di autoricarica ai propri clienti, azzerando le loro SIM Card. L'Agcom, allora, non senza qualche incertezza (come si evince chiaramente dal fatto che la prima delibera in materia, la n. 11/09/CIR, reca una doppia data) dovette individuare un criterio di uso anomalo del servizio, oltre il quale, dunque, l'autoricarica maturata andava azzerata (il criterio fu stabilito, a grandi linee, in un massimo di 6 ore al giorno di telefonate, su una o più SIM complessivamente, e di 1.000 euro di autoricarica). Nel Regolamento ora in vigore, invece, l'uso anomalo è stato fissato nel "il traffico giornaliero finalizzato ad autoricarica superiore a due ore di conversazione ed a 50 sms o mms".

³⁹³ Per curiosità del lettore, si precisa che le fattispecie di indennizzo disciplinate dal Regolamento sono le seguenti: ritardata attivazione (euro 7,50 pro die, ridotti per il caso di servizi accessori); sospensione o cessazione del servizio (7,50); malfunzionamento completo (5,00) a singhiozzo (2,50); ritardata portabilità del numero fisso (5,00) del numero mobile (2,50); attivazione o disattivazione di servizi di preselezione automatica (2,50); applicazione di profili tariffari non richiesti (5,00); perdita della numerazione (100,00 euro per ogni anno di utilizzo di quel numero prima della perdita, fino ad un massimo di 1.000 euro; mancata o ritardata risposta al reclamo (1 euro, fino ad un massimo di 300,00 euro).

³⁹⁴ Uno dei casi più frequenti in cui si verifica(va) il problema della durata dell'inadempimento riguarda la liquidazione dell'indennizzo da mancata risposta al reclamo (oggi parzialmente risolto in virtù del tetto massimo di 300 euro di cui alla nota precedente). In generale, sul punto, valgono i principi già stabiliti nelle Linee Guida, secondo cui *"nel caso di indennizzo "da mancata risposta al reclamo", si dovrà calcolare l'indennizzo a partire dalla scadenza del termine stabilito dal contratto o dalla carta dei servizi per la risposta (comunque non superiore ai 45 giorni successivi al ricevimento del reclamo da parte dell'operatore previsti dall'art. 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP) e fino al ricevimento di un'adeguata risposta da parte dell'operatore. Nel caso in cui tale risposta non sia mai giunta all'utente, si dovrà fare riferimento alla prima occasione in cui quest'ultimo abbia comunque avuto la possibilità di interloquire con l'operatore sul suo specifico caso"* (generalmente, si fa riferimento all'udienza di conciliazione). Se, tuttavia, l'operatore non partecipa all'udienza di conciliazione e la risposta al reclamo continua a mancare, ci si è chiesti fino a quale momento si debba calcolare l'indennizzo *pro die* per l'inadempimento. Al riguardo, negli ultimi orientamenti dell'Autorità, la base di calcolo non può andare oltre la data nella quale

Ciò premesso per quanto riguarda l'effettività della tutela sotto il profilo più prettamente economico della stessa, per ciò che concerne, invece, l'efficacia del provvedimento di definizione della controversia, che generalmente – appunto – in caso di accoglimento dell'istanza ordina all'operatore di riconoscere determinate somme all'utente, il Regolamento sul procedimento chiaramente stabilisce che *“Il provvedimento di definizione della controversia costituisce un ordine dell'Autorità ai sensi dell'articolo 98, comma 11, decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 (che è il Codice delle comunicazioni elettroniche, n.d.r.)”* e che *“Esso deve essere prontamente comunicato alle parti e pubblicato nel Bollettino ufficiale e sul sito web dell'Autorità”*³⁹⁵.

La scelta regolamentare, dunque, è stata quella di esplicitare quale sia la natura del provvedimento di definizione di una controversia, così superando i dubbi interpretativi che, nel precedente regime³⁹⁶, avevano fatto dubitare della possibilità dell'Autorità di perseguire la mancata ottemperanza ad un provvedimento reso in sede di definizione amministrativa delle controversie senza la previa diffida all'operatore.

l'utente abbia presentato l'istanza di definizione della controversia. Recentemente, l'orientamento è stato così motivato (Delibera 132/11/CIR): *“Tale indennizzo pro die deve essere moltiplicato per il periodo di ritardo intercorrente tra la data del reclamo che fu inviato via fax (9 marzo 2009, alla quale vanno aggiunti i 45 giorni utili per fornire la risposta), e dunque dal 23 aprile 2009, fino alla data dell'istanza dinanzi a quest'Autorità, 1° settembre 2009, posto che, da un lato, non avendo il gestore partecipato all'udienza per il tentativo obbligatorio di conciliazione, il dovuto dialogo non si è avuto neanche in quella sede e che, dall'altro, non possono comunque condividersi le argomentazioni dell'utente rispetto alla necessità di calcolare l'indennizzo fino all'attualità perché il ritardo ancora persisterebbe. Su quest'ultimo punto è infatti ragionevole ritenere che una volta che la parte che si ritiene lesa, fallito il tentativo di conciliazione, decida di deferire la controversia ad un terzo arbitro che abbia il potere di emanare un atto vincolante, la fase di possibile dialogo e contraddittorio con l'operatore, finalizzata alla ricerca di una soluzione aziendale delle questioni (vale a dire la fase che l'indennizzo da mancata risposta al reclamo ha lo scopo di tutelare), può considerarsi terminata. La soluzione della lite, invero, ormai compete ad un terzo e non alle parti, a meno che queste ultime vogliano ancora trovarla in pendenza della definizione (ma non vi sono più certamente obbligate ai sensi delle norme della delibera 179/03/CSP sopra citate)”*.

³⁹⁵ Articolo 19, comma 3.

³⁹⁶ La specificazione risale alla delibera 502/08/Cons del 29 luglio 2008. In precedenza, l'articolo 18, comma 3, della già citata delibera n. 182/02/Cons stabiliva in maniera più sfumata che *“L'atto vincolante con il quale è definita la controversia è notificato alle parti e pubblicato nel Bollettino ufficiale”*.

Oggi, dunque, il provvedimento di definizione è equiparato, quanto a cogenza, ad un provvedimento amministrativo di ordine o diffida emesso dall'Autorità ai sensi del Codice delle comunicazioni elettroniche, il cui mancato rispetto nel termine previsto (che è generalmente stabilito in 60 giorni) integra un illecito amministrativo sanzionabile dall'Autorità³⁹⁷.

Nella pratica, dunque, l'utente che abbia ottenuto un provvedimento favorevole, pur non avendo ottenuto un titolo azionabile direttamente, si trova indubbiamente in una posizione privilegiata.

L'operatore è infatti obbligato all'adempimento (e alla comunicazione dello stesso all'Autorità) a pena dell'avvio di un procedimento sanzionatorio.

Pertanto, anche se – a ben vedere – l'eventuale sanzione comminata all'operatore non sarebbe comunque percepita dall'utente (che dovrebbe attendere l'adempimento alla diffida contenuta nel provvedimento sanzionatorio), entrambe le parti sono all'evidenza consapevoli che lo strumento di tutela costituito dal provvedimento arbitrale è decisamente efficace.

In altre parole, sia l'operatore che l'utente ben sanno quanto sia elevato il rischio del mancato adempimento, con la conseguenza che entrambi, ciascuno per il proprio interesse, utilizzano il provvedimento arbitrale per chiudere le questioni insorte: gli operatori, dal loro canto, generalmente adempiono nei termini previsti, gli utenti, per contro, volentieri segnalano all'Autorità il mancato adempimento.

Il sistema di tutela, dunque, è assicurato da questo “circolo virtuoso” e può affermarsi che esso dia effettivamente garanzie di soddisfazione³⁹⁸.

³⁹⁷ Il fatto che sia richiamato il comma 11 dell'articolo 98 del Codice, che già prevede l'emanazione di atti qualificati all'esito di istruttorie specifiche, integranti, come detto, ordini e diffide, comporta che la sanzione applicabile in caso di mancata ottemperanza è invero piuttosto elevata, poiché essa va da un minimo di 120.000 euro ad un massimo di 2.500.000 euro. Per ciò che concerne la modulazione della sanzione, allora, si ricorda che l'Autorità applica, per la parte non disciplinata dal proprio Regolamento sulle procedure sanzionatorie, quale è appunto quella relativa alla quantificazione della pena da comminare, i principi e le norme di cui alla Legge di depenalizzazione del 24 novembre 1891, n. 689 (in particolare, il riferimento è all'articolo 11).

³⁹⁸ Sul punto della effettività della tutela assicurato tramite il procedimento arbitrale Agcom, si ritiene di segnalare anche la novità introdotta, con la citata delibera 597/11/Cons, all'articolo 16, comma 6, del regolamento, secondo cui, ormai, anche nella sede arbitrale può raggiungersi una conciliazione, con effetti (quanto a natura giuridica di titolo esecutivo dell'accordo raggiunto) identici a quelli che si ottengono, per legge, nella sede conciliativa. In altre parole, la valenza di titolo esecutivo del verbale di conciliazione è, in base alla legge n. 481/1995, stabilita esclusivamente con riferimento all'accordo raggiunto nella fase di conciliazione obbligatoria.

Da ultimo, per completezza, sul punto della effettività della tutela si ritiene pertinente un richiamo al “potere cautelare” dell’Authority, cui si è già fatto cenno all’inizio di questo paragrafo.

Detto potere è affine, per certi versi, al profilo della effettività della tutela, poiché è evidente che la possibilità di assicurare una pronta soluzione della problematica in atto tra utente e operatore, in taluni casi, è determinante nel risolvere la lite³⁹⁹.

In particolare, le norme del Regolamento disciplinano in dettaglio la procedura cautelare, che potendo essere avviata esclusivamente “in corso di causa” (e non *ante causam*) si risolve sostanzialmente in un sub-procedimento nell’ambito del procedimento, di conciliazione obbligatoria ovvero di definizione amministrativa, finalizzato alla risoluzione della lite.

La disciplina è principalmente riferita alla fase di conciliazione (d’altro canto è innegabile che, normalmente, è proprio il problema che necessita dell’intervento cautelare a “scatenare” la lite fra le parti, con l’avvio della obbligatoria procedura di conciliazione); tuttavia, con idoneo rinvio normativo, la tutela cautelare è senz’altro esperibile anche nella fase di definizione.

Nella pratica, tuttavia, come già spiegato nel testo, la stragrande maggioranza delle procedure di definizione si conclude tramite un accordo transattivo in udienza (e questo, come detto, è anche uno dei motivi per i quali l’udienza di discussione viene immancabilmente fissata, nonostante nel Regolamento sia prevista come eventuale). L’accordo concluso dinanzi all’Autorità in sede di definizione, tuttavia, rimaneva sguarnito della forza esecutiva, nel silenzio delle norme sul punto. Ne conseguiva che pur avendo raggiunto l’accordo, gli utenti molte volte si vedevano costretti a ricominciare un’azione verso l’operatore inadempiente (questa volta, all’accordo) perché non potevano porre il documento in immediata esecuzione. La scelta regolamentare, dunque, è stata quella di equiparare l’efficacia dell’accordo raggiunto in sede di definizione a quella dell’accordo sottoscritto in sede conciliativa. La norma, infatti, ora prevede che “*Se, sulla base delle dichiarazioni delle parti, emerge la possibilità di raggiungere un accordo conciliativo, nel corso dell’udienza il responsabile del procedimento può esperire un tentativo di conciliazione e, in caso di accordo, redige un verbale ai sensi dell’articolo 12, commi 1 e 2*”. Quest’ultima norma, in particolare, che disciplina gli “*Esiti del tentativo di conciliazione*” stabilisce che “*Il verbale di conciliazione, sottoscritto, oltre che dalle parti, dal responsabile della procedura designato dal Co.re.com territorialmente competente, o dal suo delegato, che certifica l’autografia delle sottoscrizioni, costituisce titolo esecutivo ai sensi dell’articolo 2, comma 24, lettera b), della legge n. 481 del 1995*”.

³⁹⁹ Basti pensare, per esempio, per la carenza di connessione a Internet o per la sua lentezza. Una volta che l’operatore si sia (prontamente) attivato a seguito del procedimento cautelare, gran parte delle doglianze dell’utente perderanno la loro consistenza e utilità. Il tutto si ridurrà – qualora il disagio si sia protratto nel tempo – alla richiesta di un indennizzo.

Nella pratica, una volta avviato il procedimento finalizzato alla risoluzione, l'utente può anche chiedere all'Organo competente – con istanza separata, anch'essa disciplinata *ad hoc* con apposito formulario scaricabile dal sito dei vari Corecom e dell'Autorità⁴⁰⁰ – “*l'adozione di provvedimenti temporanei diretti a garantire la continuità dell'erogazione del servizio o a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento da parte dell'operatore sino al termine della procedura conciliativa, ai sensi dell'articolo 2, comma 20, lettera e), della legge 14 novembre 1995, n. 481*”⁴⁰¹.

Ricevuta l'istanza e verificatane l'ammissibilità, il responsabile del procedimento (che è lo stesso che segue il procedimento di conciliazione o di

⁴⁰⁰ Si tratta del cosiddetto Formulario GU5. Il requisito di ammissibilità principale, comunque, riguarda la necessaria pendenza della procedura di risoluzione della lite, quindi è necessario allegare l'istanza con la quale si è avviato il procedimento. Il procedimento, peraltro, può essere pendente sia dinanzi all'Autorità, ma in ipotesi anche dinanzi ad uno degli altri organi previsti dal Regolamento, quali le conciliazioni paritetiche ovvero le CCIAA (nel caso in cui la procedura di conciliazione sia pendente dinanzi ad organi diversi da quelli delegati dall'Agcom, la domanda cautelare si presenta al Corecom che sarebbe competente).

⁴⁰¹ Per quanto concerne le possibili domande cautelari, si consideri che generalmente si richiede di riallacciare i servizi ingiustamente sospesi. Per quanto concerne il *fumus boni iuris*, allora, valgono le regole sulle possibili modalità sospensione stabilite nei primi commi dell'articolo 5 del Regolamento controversie. In particolare, è previsto innanzitutto che l'operatore possa sospendere – previo preavviso – soltanto i servizi interessati dal mancato pagamento: “*Fermo restando l'obbligo di informare l'utente con congruo preavviso, l'operatore, salvi i casi di frode, di ripetuti ritardi di pagamento o di ripetuti mancati pagamenti e per quanto tecnicamente fattibile, può disporre la sospensione del servizio solo con riferimento al servizio interessato dal mancato pagamento*”. La norma inoltre chiarisce che se una fattura o una parte di essa è contestata, e quindi non pagata, l'operatore non può procedere alla sospensione, dovendo attendere l'esito delle procedure finalizzate a risolvere la questione (ivi compresi gli intervalli – ragionevolmente brevi – tra le stesse). E' infatti previsto che “*a. non può intendersi come mancato pagamento il pagamento parziale di una o più fatture da parte dell'utente qualora il pagamento omesso riguardi addebiti oggetto di contestazione: ciò per tutto il periodo in cui con riferimento a tali addebiti siano pendenti una procedura di reclamo oppure di conciliazione o di definizione della controversia ai sensi degli articoli 3 e 14 del presente regolamento, fino alla loro conclusione, e compresi gli intervalli di tempo intercorrenti tra le diverse procedure per la durata massima di tre mesi dalla conclusione della procedura di reclamo o di conciliazione, termine entro il quale deve essere inoltrata, rispettivamente, la domanda per la successiva procedura di conciliazione o di definizione*”. Inoltre, si tende ad escludere che un utente generalmente affidabile possa essere gravemente sanzionato con la misura della sospensione dei servizi sin dalla prima volta del suo inadempimento ovvero in caso di lievi ritardi: “*b. il ritardato o mancato pagamento non può intendersi come ripetuto se nei sei mesi precedenti la scadenza della fattura in questione i pagamenti sono stati effettuati senza ritardi; c. si può considerare ritardato unicamente il pagamento avvenuto almeno quindici giorni oltre la scadenza e fatti comunque salvi i casi di ritardo nella emissione o consegna della fattura*”.

definizione “sottostanti”) la trasmette prontamente all’operatore⁴⁰², assegnando un termine non superiore a cinque giorni per presentare le proprie osservazioni o eventuale documentazione e, in ogni caso, la decisione sull’istanza cautelare (motivata) deve intervenire in dieci giorni ed è inviata alle parti⁴⁰³.

Gli operatori interessati devono eseguire i provvedimenti entro il termine (di solito molto breve) negli stessi previsto. In caso di inottemperanza, il Corecom, previo esperimento di una breve istruttoria, invia un’apposita segnalazione alla Direzione tutela consumatori dell’Autorità, che può avviare – anche questa volta – un procedimento sanzionatorio, che può concludersi con l’applicazione delle sanzioni previste dall’articolo 1, comma 31, della Legge istitutiva dell’Autorità.

⁴⁰² E’ anche previsto che nel corso del procedimento possono essere richiesti atti ed informazioni anche ad operatori terzi che risultino coinvolti nella controversia (nel settore delle comunicazioni elettroniche si verificano spesso, infatti, situazioni che vedono coinvolti più operatori, a causa della interconnessione delle reti). Inoltre, nel caso in cui risulti che la sospensione o l’abuso dipendano dal comportamento di un operatore diverso da quello citato nell’istanza, il Corecom può estendere la controversia anche nei suoi confronti.

⁴⁰³ La questione del contenuto dei provvedimenti d’urgenza adottabili è sempre stata piuttosto controversia, soprattutto per la individuazione di quali siano le forme di abuso o i casi di sospensione del servizio nei confronti dei quali il Corecom sia legittimato ad intervenire. Pertanto, nel delegare l’attività, nella Linee Guida si è cercato di fornire qualche istruzione più precisa, ritenendo che, fermo restando che non si può prescindere da una indagine concreta rimessa all’interprete per ciascun caso, fosse opportuno fornire alcuni criteri di massima per individuare le istanze inammissibili. Si legge, dunque, nelle predette Linee Guida, al paragrafo II.2.1. “... *Mentre la casistica appare tutto sommato di semplice lettura nel caso di interruzione del servizio, per cui l’ordine, evidentemente, consisterà nella richiesta di assicurare il ripristino dello stesso da parte dell’operatore tenuto a farlo, maggiori problemi ermeneutici ha comportato, negli anni passati, l’individuazione delle “forme di abuso”, pure previste quale presupposto per l’emanazione dei provvedimenti temporanei. Al fine di dare una chiave di lettura univoca, allora, per forme di abuso vanno ritenuti quei comportamenti non conformi alla disciplina legislativa o regolamentare, per cui in questi casi il provvedimento temporaneo non dovrà fare altro che imporre un comportamento conforme al dettato normativo. Così, ad esempio, le istanze finalizzate ad ottenere il passaggio ad altro operatore in number portability, sia fissa che mobile, o l’allacciamento della linea o l’attivazione di un servizio, potranno essere accolte nel senso di imporre a ciascun operatore di porre in essere le attività previste dalla normativa, nel rispetto dei tempi stabiliti. Ne discende, quindi, che anche per tale tipologia eterogenea di condotte, il contenuto precettivo sarà omogeneo e tipizzato nell’ordine di porre in essere le attività amministrative e gestionali previste da una certa delibera o dalla legge. Di contro, sono da ritenere inammissibili le istanze che hanno l’esclusivo fine di anticipare il contenuto della definizione della controversia (si pensi, ad esempio, all’istanza di definizione con la quale sia stato chiesto di verificare la correttezza degli importi addebitati dall’operatore secondo il piano tariffario sottoscritto, con condanna alla restituzione degli importi superiori eventualmente percepiti, o alla richiesta di provvedimento temporaneo avente ad oggetto “la corretta fatturazione da parte dell’operatore”)*”.

CONCLUSIONI

La disamina svolta ha permesso di esaminare in dettaglio il funzionamento di alcuni metodi di risoluzione alternativa delle controversie di natura decisoria residenti (in modo più o meno “velato”) presso determinate Autorità indipendenti.

Come evidenziato nella introduzione al lavoro, lo scopo dell’indagine era innanzitutto quello di comprendere se tali metodi possano realmente essere considerati “alternativi” alla giustizia, innanzitutto sotto il profilo di una concreta tutela dei diritti fatti valere e della natura delle decisioni, considerato che – essendo, come detto, di natura decisoria e non negoziale – si concludono con un provvedimento analogo a quello della Magistratura, attribuendo “ragioni” e “torti” tra le parti e non tentando una composizione amichevole delle liti.

Inoltre, vista la ormai dilagante diffusione di tali metodi, l’indagine ha toccato altri profili del loro funzionamento, in particolare quelli più suscettibili di esprimerne non soltanto l’alternatività rispetto alla giustizia, ma anche la “preferibilità”: è invero evidente che il ricorso a metodi ADR non è motivato esclusivamente dalla necessità di trovare *altre* vie per risolvere una lite (in vista di un – mero – potenziamento del sistema di tutela di diritti), ma anche da quella di percorrerne di *migliori* (per un’ottimizzazione di quello stesso sistema).

Conseguentemente, per individuare quali siano i profili dei metodi ADR dall’esame dei quali è possibile affermare che un sistema di risoluzione delle liti (nello specifico, di natura decisoria) sia effettivamente *alternativo* e *migliore* rispetto all’ordinario sistema di tutela dei diritti, si è fatto ricorso al noto meccanismo dei cosiddetti “indicatori di qualità”, largamente utilizzato nell’ambito dei servizi pubblici (come suole ormai da più parti considerarsi anche il “servizio giurisdizionale”) e fatto proprio anche in alcuni mercati liberalizzati, per stimolare il gioco concorrenziale fra professionisti che – pubblicizzando gli obiettivi di qualità raggiunti – hanno uno strumento per attrarre clientela.

La qualità di un servizio ADR, è intuitivo, è il suo buon funzionamento rispetto allo scopo perseguito; l'indicatore di qualità, pertanto, è quella caratteristica (fra le tante che connotano il servizio) meglio suscettibile di esprimerne il predetto buon funzionamento e, quindi, in definitiva, di esprimere il gradimento degli utenti.

L'attività fondamentale da svolgere in via preliminare è quindi stata la individuazione di giusti indicatori: è stato invero necessario prescegliere quei profili del servizio ADR che lo caratterizzano in maniera significativa rispetto all'interesse dei potenziali utenti.

Per svolgere questa individuazione, rispetto ai sistemi ADR di natura decisoria esaminati nel presente lavoro, sono stati ripercorsi i principi enunciati a livello europeo negli ultimi vent'anni in materia di risoluzione alternativa delle liti.

L'Unione europea, infatti, da lungo tempo è particolarmente prolifera nella materia, nella consapevolezza che l'accesso al sistema giustizia (anche alternativa), nel suo complesso, è fondamentale per la realizzazione del mercato unico cui essa aspira.

Alla luce dei suoi atti, dunque, sono stati individuati quali siano gli indicatori di qualità più idonei a valutare se un servizio ADR di natura decisoria possa considerarsi – in una parola – un “buon” servizio reso ai cittadini, sia sotto il profilo della sua effettiva *alternatività* rispetto alla giustizia ordinaria (verso la quale, in mancanza del servizio, gli utenti dovrebbero naturalmente propendere), sia sotto l'eventuale profilo della sua preferibilità rispetto alla giustizia ordinaria, per essere in grado di garantire un *quid pluris* di tutela.

Sotto il profilo della *alternatività*, è stato innanzitutto individuato un indicatore relativo alla conoscibilità, diffusione, notorietà del mezzo ADR, in quanto è evidente che se esso è disponibile ma non noto, la sua utilità è completamente vanificata. Un secondo indicatore, poi, riguarda la composizione dell'organo giudicante, che ha il potere – trattandosi di mezzi ADR decisori – di emanare un atto più o meno vincolante tra le parti: l'organo infatti dovrebbe

garantire la sua indipendenza (libertà di giudizio in assoluto) e la sua terzietà (neutralità rispetto alle parti ed all'oggetto della controversia, in concreto), o comunque assicurare garanzie quantomeno “analoghe” a quelle della Magistratura, scolpite nel testo costituzionale.

Su questo punto, peraltro, si è segnalata l'esistenza di qualche “dubbio”, espresso da più parti, a causa della strutturazione, più o meno forte, dei sistemi esaminati presso le Autorità di garanzia del settore nel cui ambito rientrano le liti che a tale arbitro possono essere sottoposte.

Non può infatti sottacersi che la *internalizzazione* più o meno esplicita, da parte delle Autorità di garanzia, di una struttura arbitrale – ovvero anche l'esercizio diretto della funzione arbitrale, come avviene nel caso dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni – può ingenerare dubbi sulla effettiva terzietà dell'Arbitro rispetto alle parti, considerato che l'Autorità di garanzia svolge, verso quelle stesse parti (in particolare, verso la parte professionale), anche la funzione di vigilanza.

Tra gli altri indicatori utilizzati, poi, si ricorda l'accessibilità della procedura ADR, intesa anche come trasparenza ed effettività di un contraddittorio fra le parti e, da ultimo, si ricorda che il più significativo indicatore di qualità di un sistema ADR sotto il profilo della sua alternatività rispetto alla giustizia ordinaria riguarda l'effettività della tutela che il sistema può garantire.

E' fondamentale, infatti, comprendere l'ambito di competenza degli Arbitri cui ci si rivolge e la natura giuridica della decisione che può emettere, così da comprendere quale tipo di atto la parte abbia ottenuto una volta conclusa la procedura.

Sotto il profilo della preferibilità di un servizio ADR rispetto alla giustizia ordinaria, invece, rilevano quelle caratteristiche che dovrebbero invogliare l'utente a preferire tale servizio rispetto alla via tradizionale.

In questo senso il riferimento è innanzitutto alla rapidità nella risoluzione della lite (per ovviare al problema che ormai da lungo tempo affligge la giustizia ordinaria), nonché alla possibile specializzazione dell'organo giudicante, perché

in determinate materia particolarmente tecniche essa certamente costituisce un pregio dell'Arbitro; e su questo profilo, certamente, gli Arbitri "insediati" presso le Autorità di garanzia non possono deludere. Infine, indicatore di preferibilità rispetto alla Magistratura è anche senz'altro quello relativo alla eventuale gratuità della procedura ovvero alla possibilità di accedervi senza l'ausilio di un legale.

Alla luce dei suddetti indicatori e dei risultati dell'indagine compiuta – per il tramite di essi – rispetto ai sistemi ADR decisorii (giustiziali) residenti presso Bankitalia, la Consob e l'Agcom, possono svolgersi alcune riflessioni conclusive.

Va innanzitutto notato, in linea generale, che i sistemi sembrano ben congegnati ed idonei a fornire un'adeguata tutela.

In breve, infatti, essi sono (seguendo l'ordine degli indicatori sopra ricordati) ben conosciuti, facilmente accessibili, limitatamente onerosi (ove addirittura non gratuiti), altamente specializzati ed idonei a fornire un'effettiva tutela, sebbene con modalità differenziate ma, comunque, nella pratica tutte ugualmente valide.

Ciò premesso, non può però negarsi che – sostanzialmente – il giudizio positivo cui come sopra si può addivenire deriva proprio dalla scelta del Legislatore di incardinare tali sistemi ADR presso alcune Autorità di garanzia.

Il loro buon funzionamento, in altre parole, è in gran parte assicurato proprio da quel profilo che più può suscitare dubbi in ordine alla sussistenza, in capo agli Arbitri, del necessario requisito della terzietà rispetto alle parti e all'oggetto della controversia.

Ciò che, dunque, da un lato, garantisce la qualità del servizio ADR, il suo buon funzionamento, nell'ottica del fruitore del servizio (poiché vi trova un'altissima specializzazione del giudicante, per l'autorevolezza del suo intervento e, soprattutto, per la forza persuasiva che da esso promana), dall'altro la "leva", poiché l'indicatore sulle garanzie che devono contraddistinguere la figura dell'Arbitro è oggettivamente "in bilico".

Il problema, infatti, risiede principalmente nella commistione di funzioni che tale Arbitro accentra o comunque potrebbe concentrare, essendo l'organo di vigilanza (ovvero un suo *alter ego*) rispetto ad una delle parti.

Su questo punto, pur comprendendo la difficoltà concettuale di far conciliare così contrapposte esigenze, sembra ormai di non poter fare altro che prendere atto della scelta di fondo del Legislatore e dell'ordinamento comunitario.

Alcune Autorità presiedono all'intero settore anche come Arbitri, ma possono comunque rendere un buon servizio. L'Amministrazione invero *si trasforma*, è *in divenire*, e si adegua alle esigenze del mercato. Ciò avviene anche nel settore della risoluzione delle liti, dove, per assicurare la terzietà dell'Arbitro, è ormai sufficiente che nell'Autorità si istituisca un Organo strumentale *ad hoc* (lo abbiamo letto nel parere reso dal Consiglio di Stato alla Consob sulla natura giuridica della Camera di conciliazione e arbitrato).

Non si ritiene che tale circostanza possa essere invalidante del sistema nel suo complesso, e ciò per vari ordini di ragioni.

In primo luogo, si tratta di sistemi *giustiziali*, che devono dunque assicurare la giustizia nel caso concreto, e non *ius dicere*. Si tratta infatti di sistemi *alternativi alla giustizia ordinaria* e ciò già potrebbe far propendere per una maggiore flessibilità di forme e di garanzie, particolarmente laddove l'alta specializzazione dell'Organo sia, in definitiva, un ottimo investimento per tutti.

In secondo luogo, tutte le decisioni da essi scaturenti sono ampiamente sindacabili in sede giurisdizionale, con la conseguenza che non si realizza alcun vuoto di tutela dinanzi ad una decisione del Garante.

In terzo luogo, non può sottacersi una considerazione di natura più generale: se, per l'assetto ordinamentale, in un determinato settore devono essere esercitate sia le funzioni di garanzia e di controllo sia le funzioni giustiziali, la commistione di tali funzioni in capo alla stessa Autorità non è necessariamente da valutarsi in ottica negativa, potendo invece essa rispondere ad un'esigenza di ottimizzazione di entrambe.

E, soprattutto, in quarto luogo, rileva il concreto svolgersi di tali funzioni e l'atteggiarsi del Garante rispetto ad esse.

Sul punto, allora, va notato che, *di fatto*, l'identità dell'ente che svolge le due funzioni non implica il venir meno della neutralità che tipicamente connota l'azione delle Autorità indipendenti, notoriamente finalizzata alla esatta applicazione della legge.

Tale neutralità può permanere anche nell'esame delle controversie sottoposte al giudizio del Garante, dove lo stesso procede innanzitutto a valutare la normativa privata (il contratto o la carta dei servizi) che regola il rapporto in discussione, al fine di verificare se l'illecito contrattuale si è consumato e pronunciarsi secondo giustizia nel caso concreto.

A ciò si aggiunga la considerazione che non tutti gli illeciti contrattuali costituiscono illeciti amministrativi e che, pertanto, non è affatto scontato che l'attività giustiziale debba corroborare quella di vigilanza.

Ma qualora, invece, nel corso di una controversia risulti in atti il compimento di una violazione delle norme la cui vigilanza compete allo stesso Garante, sorge la necessità di avviare il relativo procedimento, direttamente, se l'organo è lo stesso, ovvero indirettamente, rilevando il dato dalla casistica conclusiva delle procedure arbitrali, ove note o comunicate.

Ciò non fa venire meno la terzietà dell'Arbitro rispetto alle parti e all'oggetto della controversia. L'Arbitro, infatti, rimane comunque in posizione di neutralità, avendo l'unica finalità di applicare la legge, sia che si tratti di un singolo rapporto contrattuale disciplinato fra le parti, sia che si tratti una violazione normativamente sanzionata. Non c'è una reale influenza tra le due funzioni, o perlomeno tale influenza sussiste nei limiti in cui la funzione arbitrale diventa *un nuovo e diverso canale tramite cui si acquisiscono notizie in ipotesi utili ai fini della vigilanza*.

Non può necessariamente affermarsi che ciò costituisca una "falla" del sistema di garanzia. Per vero, quantomeno "sulla carta", la scelta potrebbe invece

essere un suo potenziamento, sia sotto il profilo della vigilanza che giustiziale, permettendo di armonizzare ed uniformare l'operato del Garante.

Certo poi la Pubblica Amministrazione è fatta di organi, e gli organi sono fatti di uomini, ma sta anche alla intelligenza delle istituzioni adoperarsi affinché il *divenire multiforme* dell'Amministrazione non si riduca alla violazione delle più basilari regole del diritto amministrativo.

Ciò premesso sotto il profilo della terzietà dell'Arbitro in generale con riferimento a tutte le procedure esaminate, per quanto riguarda ognuna di esse, invece, possono svolgersi le seguenti, brevi, considerazioni conclusive.

L'Arbitro Bancario Finanziario è un sistema che ormai funziona a pieno ritmo, è un sistema virtuoso, veloce, snello, abbastanza diffuso sul territorio e comunque esperibile "a distanza", pertanto con estrema facilità da parte dei potenziali interessati.

I provvedimenti, pur non essendo cogenti nel senso stretto della parola, si avvalgono dell'effetto dirimente dovuto alla previsione della sanzione reputazionale, che peraltro implicherebbe (per tornare al discorso di prima) una scomoda notorietà di un comportamento dell'intermediario. Essi sono inoltre chiari e semplici e sono facilmente consultabili da tutti, tramite un'accurata pubblicazione *on line*; chi accede al servizio, pertanto, ne conosce le caratteristiche e può decidere se apprezzarle, anche sotto il profilo degli orientamenti.

E' proprio con riferimento a quest'ultimi, però, che può forse individuarsi un punto "dolente" del sistema. L'ABF è infatti un Arbitro estremamente rigoroso nella interpretazione delle norme procedurali e sostanziali e le sue pronunce – tecnicamente perfette ed altamente specializzate – lasciano talvolta un "sapore amaro", poiché in un sistema ADR ideato per fornire uno strumento agevole di risoluzione delle controversie in un settore nel quale lo squilibrio fra le parti contrattuale è innegabile, ci si potrebbe forse legittimamente attendere una maggiore flessibilità di tutela, più "calata" nel caso concreto e più disponibile a darvi giustizia sostanziale.

Ciò tanto più ora che, a seguito del decreto n. 28/2010, l'ABF è divenuto condizione di procedibilità della domanda giudiziale, così venendo ad essere equiparato alla mediazione dalla quale invece, per quanto detto e per l'atteggiarsi del procedimento, si distingue in maniera netta ed insuperabile.

In quest'ottica, dunque, si crede che una possibile soluzione potrebbe essere quella di stabilire un sistema di indennizzi anche nel settore di riferimento dell'ABF, analogo a quello che ormai regna nel settore delle comunicazioni elettroniche di competenza dell'Agcom.

Alla precisione delle regole comportamentali per gli intermediari, anche sotto il profilo della trasparenza e della correttezza (così fondamentali in caso di asimmetrica posizione delle parti), infatti, ad oggi non sembra corrispondere un adeguato sistema di tutela concreta (monetaria) della parte debole del rapporto, alla quale peraltro l'ABF generalmente nega il risarcimento di qualsiasi danno, richiamando gli orientamenti delle Sezioni Unite sui danni bagatellari ovvero i principi processuali sull'onere della prova.

Pertanto, un sistema di indennizzi contrattualmente predeterminati sulla base della regolamentazione dell'Autorità preposta, slegati dall'onere della prova sulla quantificazione del danno, ben potrebbe costituire quella ragionevole soluzione di compromesso per la soluzione bonaria (tramite ADR) di fattispecie nelle quali il punto di equilibrio fra le ragioni e i torti dovrebbe anche tenere conto della insuperabile asimmetria tra le parti del rapporto, che non può essere considerata soltanto come precondizione astratta ed inevitabile, ma anche come condizione che influenza, quotidianamente, l'esecuzione del rapporto contrattuale.

Il sistema di indennizzi è invece astrattamente previsto, anche con procedura di arbitrato semplificata, presso la Camera di conciliazione e arbitrato della Consob.

Come più volte evidenziato, però, l'arbitrato presso la predetta Camera non ha mai avuto avvio, allo stato essendo soltanto un mezzo ADR (di buona qualità) sulla carta. Sono invece state avviate le attività relative alla conciliazione, principalmente sulla base del rinvio ad esse operato dal citato decreto n. 28/2010,

ma trattasi – appunto – di forme Adr negoziali, che esulano dall’interesse del presente lavoro.

Ci si auspica, pertanto, il “decollo” dell’attività arbitrale e la puntuale determinazione di quei criteri di indennizzo che il decreto legislativo n. 179/2007 ha delegato la Commissione ad adottare.

Peraltro, con la rivisitazione della materia che pare sia attualmente in corso (dovuta al necessario coordinamento con il decreto n. 28/2010 ed all’adeguamento della struttura rispetto al parere reso dal Consiglio di Stato, da cui potrebbe derivare, si è detto, una più esplicita *internalizzazione* della Camera alla Consob), si potrebbe avere l’occasione di rivedere le norme sulla semplicità delle procedure e sui costi delle stesse (particolarmente per l’arbitrato semplificato, che è quello con potenzialità di tutela più significative), così da invogliare una maggiore affluenza da parte del pubblico degli investitori.

Infine, per ciò che concerne l’arbitrato svolto davanti all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, può rilevarsi che il sistema è oramai ampiamente rodato, forse non velocissimo (180 giorni, con termine peraltro ordinatorio), ma comunque semplice nelle procedure e capace di fornire un’ottima tutela.

Tale tutela, infatti, è stata da ultimo valorizzata con l’approvazione del regolamento sugli indennizzi di cui si è detto, che completa il quadro di sensibilità di tutela dell’utenza che già da anni permeava la funzione giustiziale dell’Autorità ed era ricavabile da alcuni suoi pronunciamenti che – una volta resi rispetto a questioni contrattuali suscettibili di replicarsi all’infinito per tutta la pluralità degli utenti del settore – hanno creato dei veri e propri “filoni” di controversie sussumibili nell’ambito della stessa casistica (l’esempio più noto è quello della mancata risposta al reclamo)⁴⁰⁴.

⁴⁰⁴Nelle pronunce che fecero da “apripista” ai filoni di controversie, dall’anno 2007 in poi, il principio sulla necessità di gestire il dialogo con il cliente fu così enunciato: “*Ai sensi dell’articolo 8, comma 4, della delibera 179/03/CSP (nonché del successivo articolo 11, comma 2, della medesima delibera), qualora un utente rivolga un reclamo al gestore, la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita entro il termine indicato nel contratto e comunque non superiore a 45 giorni dal ricevimento della richiesta, in forma scritta nei casi di rigetto. Ne consegue, quindi, che anche qualora il gestore affermi di aver contattato telefonicamente l’utente*”.

E tale impostazione, pare inutile negarlo, deriva certamente anche dal fatto che la procedura arbitrale dell'Autorità è sempre stata svolta, a livello di struttura amministrativa, dagli stessi dipendenti che istruiscono le procedure relative alle altre funzioni dell'Autorità, i quali, dunque, per un'impostazione organizzativa e non per volontà maliziosa (nel dovuto rispetto della neutralità tipica che caratterizza l'agire dell'Autorità), hanno una visione a “trecentosessanta gradi” sul comportamento di un operatore nel settore di competenza del Garante.

Inoltre, il buon funzionamento, nel caso dell'Agcom, è agevolato anche dall'anzianità del mezzo Adr rispetto agli altri e, soprattutto, dall'anzianità della previsione che stabilisce l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione nelle controversie in materia di comunicazione elettroniche.

Tale previsione, infatti, ha obbligato gli utenti nel tempo a rivolgersi al sistema Adr, per la fase conciliativa, e da lì il passaggio ad apprezzare i benefici della ulteriore fase di definizione amministrativa della controversia è stato breve.

A ciò si aggiunga che l'Autorità ha recentemente previsto di delegare ai propri organi sul territorio (i Comitati regionali per le comunicazioni) anche le funzioni in materia di risoluzione delle liti, per comprendere come oramai la tutela “a portata di utente telefonico” abbia fatto un registrare un considerevole aumento della domanda di giustizia alternativa in questo settore, cui ci si augura che le Istituzioni coinvolte, a livello centrale e periferico, continuino a poter fornire adeguata risposta.

ciò non vale ad escludere la sua responsabilità per l'inesatta gestione della pratica: ed invero, come sopra ricordato, nei casi di rigetto la risposta al reclamo deve essere adeguatamente motivata e fornita in forma scritta, per l'evidente fine di dare all'utente reclamante un riscontro chiaro ed esaustivo, univoco e agevolmente dimostrabile, idoneo quindi a riequilibrare le posizioni delle parti in un dialogo che, tipicamente, non nasce paritario a causa della qualità dell'operatore come soggetto strutturalmente e numericamente superiore, organizzato e diversificato. Per questi motivi, la mancata risposta al reclamo, da cui deriva la mancanza di ascolto, di dialogo e contraddittorio con il gestore, fonda il diritto dell'utente al riconoscimento di un indennizzo “da mancata risposta al reclamo” (...) Infine è bene sottolineare che l'indennizzo da mancata (o ritardata) risposta al reclamo è dovuto a prescindere dalla fondatezza del reclamo, perché soltanto una corretta gestione del reclamo può assicurare all'utente il dialogo con la controparte”.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Diritto delle comunicazioni elettroniche, Telecomunicazioni e televisione dopo la terza riforma del 2009*, BASSAN, F. (a cura di), Giuffré, Milano, 2010

AA.VV., *L'indipendenza delle Autorità* (a cura di GRASSINI, F.A., LETTA, E.), Il Mulino, Bologna, 2001

ALPA, G., *Mediazione e conciliazione. Un sistema disciplinare di difficile praticabilità*, in *ABF e supervisione bancaria, Atti del seminario tenutosi nell'Università Luiss Guido Carli di Roma il 23 novembre 2011*, Capriglione, F., Pellegrini, M. (a cura di), Milano, Cedam

AMATO, G. *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1997, 645

AMOROSINO, S., *Profili pubblicistici e funzioni di interesse pubblico dell'ABF*, in *ABF e supervisione bancaria, Atti del seminario tenutosi nell'Università Luiss Guido Carli di Roma il 23 novembre 2011*, Capriglione, F., Pellegrini, M. (a cura di), Milano, Cedam

ANTONUCCI, A., *ABF e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2011, 3, II, 117 ss

ANTONUCCI, A., *L'accesso dell'ABF al giudizio di legittimità costituzionale: ogni strada è preclusa?*, in *ABF e supervisione bancaria, Atti del seminario tenutosi nell'Università Luiss Guido Carli di Roma il 23 novembre 2011*, Capriglione, F., Pellegrini, M. (a cura di), Milano, Cedam

ARGENTATI, A., *Il sistema istituzionale di tutela del consumatore nel settore bancario e finanziario. Recenti evoluzioni e problematiche aperte*, in *ABF e supervisione bancaria, Atti del seminario tenutosi nell'Università Luiss Guido Carli di Roma il 23 novembre 2011*, Capriglione, F., Pellegrini, M. (a cura di), Milano, Cedam

ATELLI, M., *Provvedimenti temporanei in materia di sospensione del servizio*, in *Obblig. e contr.*, 2007, 665

AULETTA, F., *Arbitro bancario finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"* in *Le Società*, 2011, 1, 83.

AULETTA, F., *Arbitro bancario finanziario e "sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie"* in *Le Società*, 2011

AUTORITA' PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Relazione annuale sull'attività svolta, Anni 2011 – 2010 – 2009*, www.agcom.it

BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, n. 1 – 2010

BANCA D'ITALIA, *Resoconto della consultazione per le nuove Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, www.bancaditalia.it

BARTOLOMUCCI, P., in *Codice del consumo, Commentario*, a cura di Guido Alpa e Liliana Rossi Carleo Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2005

BASSI, F., MERUSI, F., (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffré, Milano, 1993

BRUNO, F., NAVA, G., *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni*, Giuffré, Milano, 2006

CALABRO', C., CATRICALA', A., CHIEPPA, R., CLARIZIA, A., DEGNI, F., PAGANETTO, L., SCHINAIA, M.E., SCOCA, F.G., TITOMANLIO, R., *Authorities. Imparzialità e indipendenza* (a cura di PAGANETTO, L.), Donzelli Editore, Roma, 2007.

CAPRIGLIONE, F., *Il ruolo dell'ABF tra funzione giustiziale e supervisione bancaria*, in *ABF e supervisione bancaria, Atti del seminario tenutosi nell'Università Luiss Guido Carli di Roma il 23 novembre 2011*, Capriglione, F., Pellegrini, M. (a cura di), Milano, Cedam

CAPRIGLIONE, F., *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.* 2010, 03, 261

CARBONNIER, J., *Flessibile diritto*, Giuffré, Milano, 1997

CARRIERO, G., *Arbitro Bancario Finanziario: la cornice*, in *ABF e supervisione bancaria, Atti del seminario tenutosi nell'Università Luiss Guido Carli di Roma il 23 novembre 2011*, Capriglione, F., Pellegrini, M. (a cura di), Milano, Cedam

CASSESE, S., FRANCHINI, C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996

CHIARLONI, S., *La crisi della giustizia civile. I rimedi possibili nella prospettiva comparata*, in *Questione Giustizia*, 1999, 6.

CLARICH, M., *Autorità indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005

CLARICH, M., CAMILLI, E.L., *Poteri quasi giudiziali delle Autorità indipendenti*, in *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, a cura di Pajno, A. e D'Alberti, M., Il Mulino, Bologna, 2010

CLARICH, M., in *Guida al Diritto* n. 47 del 26 novembre 2011

CONTE, G., *Note minime sull' Arbitro Bancario Finanziario*, in *ABF e supervisione bancaria, Atti del seminario tenutosi nell'Università Luiss Guido Carli di Roma il 23 novembre 2011*, Capriglione, F., Pellegrini, M. (a cura di), Milano, Cedam

COSI, G. *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Giuffré, Milano, 2007

COTUGNO, E.M., ZANFRAMUNDO, E., *Conciliazione e definizione delle controversie tra operatori e utenti*, *Dir. econ. mezzi comunic.*, 2007, 432

COTUGNO, E.M., ZANFRAMUNDO, E., *Conciliazione e definizione delle controversie tra operatori ed utenti di servizi di telecomunicazioni. Risultati e prospettive dell'attività dell'Agcom*, in *Dir. econ. mezzi comunic.*, 2005, 219

D'ALBERTI, M., *Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Le riforme dell'amministrazione centrale* a cura di VESPERINI, G., Giuffré, Milano, 2005

D'ALBERTI, M., PAJNO, A., *Arbitri dei Mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Il Mulino, Bologna, 2010

DE CAROLIS, B., *L'ABF: profili istituzionali e attività dei Collegi*, in *ABF e supervisione bancaria, Atti del seminario tenutosi nell'Università Luiss Guido Carli di Roma il 23 novembre 2011*, Capriglione, F., Pellegrini, M. (a cura di), Milano, Cedam

DE PALO, G., D'URSO, L., GOLANN, D., *Manuale del conciliatore professionista. Procedure e tecniche per la risoluzione alternativa delle controversie civili e commerciali*, Giuffré, Milano, 2004

DI BARTOLOMEO, M., *Microconflittualità e arbitrato obbligatorio*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996

DI ROCCO, M. e SANTI, A., *La conciliazione. Profili teorici e ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Milano, 2003

GALLIPPI, A., *Controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche*, in *Dir. econ. mezzi comunic.*, 2006, 550

GAROFOLI, R., FERRARI, G., *Le Autorità amministrative indipendenti, Manuale di diritto amministrativo*, V edizione, Neldiritto editore, Roma, 2012

GIARDA, R., *I diritti degli utenti finali*, in *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura di CLARICH, M., CARTEI, G., Giuffré, Milano, 2004

GRASSO, G., *Le Autorità amministrative indipendenti della repubblica tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffré, Milano, 2006

GUARRACINO, F., *Riflessioni a margine del diniego di accesso ai giudizi incidentali di legittimità costituzionale opposto ai collegi dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *ABF e supervisione bancaria, Atti del seminario tenutosi nell'Università Luiss Guido Carli di Roma il 23 novembre 2011*, Capriglione, F., Pellegrini, M. (a cura di), Milano, Cedam

L'indipendenza delle Autorità (a cura di GRASSINI, F.A., LETTA, E.), Il Mulino, Bologna, 2001

LAZZARA, P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001

LEMMA, V., *ABF e supervisione bancaria: unitarietà dell'intervento*, in *ABF e supervisione bancaria, Atti del seminario tenutosi nell'Università Luiss Guido Carli di Roma il 23 novembre 2011*, Capriglione, F., Pellegrini, M. (a cura di), Milano, Cedam

LONGOBARDI, N., *Autorità amministrative indipendenti e sistemi giuridico-istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2003

LUISO, F.P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in www.judicium.it.

MACOLINO, A., *Le ADR nel sistema delle comunicazioni di massa: tentativo di conciliazione ed arbitrato dinanzi all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Giust. Civ.*, 2007, II, pag. 2007

MAIMERI, F., *Specificità del modello ordinatorio dell'ABF*, in *ABF e supervisione bancaria, Atti del seminario tenutosi nell'Università Luiss Guido Carli di Roma il 23 novembre 2011*, Capriglione, F., Pellegrini, M. (a cura di), Milano, Cedam

MAIMERI, F., *sub Art. 128 bis Risoluzione delle controversie*, in *Commentario al Testo unico bancario*, in Belli, F. – Losappio, G. – Porzio, M., Rispoli Farina, M. Santoro, V., (a cura di), Milano, 2010, 1144.

MAIMERI, F., *sub Art. 128 bis Risoluzione delle controversie*, in *Commentario al Testo unico bancario*, in Belli, F. – Losappio, G. – Porzio, M., Rispoli Farina, M. Santoro, V., (a cura di), Milano, 2010

MANETTI, M., *Le Autorità indipendenti*, Laterza, Roma-Bari, 2007

MANFREDONIA, B., *La conciliazione nelle comunicazioni fra prassi e favor conciliationis*, in *Giust. proc. civ.* 2007, II, 260

MARICONDA, C., *Adr tra mediazione e diritti*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2008

MARINARO, M., in *Guida al diritto*, n. 2 del 7 gennaio 2012, inserto p. VII

MERUSI, F., *Democrazia ed autorità indipendenti: un romanzo quasi giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000

MERUSI, F., PASSARO, M., *Le autorità indipendenti. Un potere senza partito*, Il Mulino, Bologna, 2003

MESSANA, P., *Il sistema di risoluzione delle controversie tra imprese in materia di comunicazioni elettroniche*, *Dir. econ. mezzi comunic.*, 2009, 68

MINERVINI, E., *La conciliazione stragiudiziale delle controversie, il ruolo delle Camere di Commercio*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003

MONTEDORO, G., *L'ABF tra amministrazione e giurisdizione*, in *ABF e supervisione bancaria, Atti del seminario tenutosi nell'Università Luiss Guido Carli di Roma il 23 novembre 2011*, Capriglione, F., Pellegrini, M. (a cura di), Milano, Cedam

MONTEDORO, G., *Mercato e potere amministrativo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2010

MORBIDELLI, G., DONATI, F. (a cura di), *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino, 2009

NAPOLITANO, G., *I rapporti tra organismi di telecomunicazioni e utenti*, in BONELLI, F., CASSESE, S. (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Giuffré, Milano, 1999

NAPOLITANO, G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam, Padova, 2001

OROFINO, M., *Il Telecom package: luci ed ombre di una riforma molto travagliata*, in *Riv. Trim. dir. pubbl. com.*, 2, 2010, 514

OROFINO, M., *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Giuffré, Milano, 2008

PARODI, C., PRESTI, L., *La nuova disciplina del settore telefonico*, Giappichelli, Torino, 2004

PASSARO, M. *Le amministrazioni indipendenti*, Giappichelli, Torino, 1996

PELLEGRINI, M. *Sistemi di ADR in ambito bancario finanziario. Riflessi sulle dinamiche di mercato*, in *ABF e supervisione bancaria, Atti del seminario tenutosi nell'Università Luiss Guido Carli di Roma il 23 novembre 2011*, Capriglione, F., Pellegrini, M. (a cura di), Milano, Cedam

PELLEGRINI, M., *Le controversie in materia bancaria e finanziaria. Profili definitivi*, Cedam, Padova, 2007

PELLEGRINI, M., *Sistemi alternativi di composizione delle controversie bancarie*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, Vol. II, p. 882, Cedam, Padova, 2010.

PERLINGIERI, P., *Arbitrato e costituzione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002

PONTE, D., *Continua il braccio di ferro sul nuovo istituto segnato un punto a favore di chi lo avversa*, in *Guida al diritto*, anno XVIII, n. 17 del 23 aprile 2011

QUADRI, E., *L'Arbitrato bancario finanziario nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in NGCC, 2010, parte seconda, 308

QUADRI, E., *Trasparenza dei servizi bancari e tutela del consumatore*, in NGCC, 2011, Parte seconda, 2011

RAGANELLA, E., VALLA, L., *La tutela giustiziale*, in *Trattato di giustizia amministrativa*, a cura di Francesco Caringella e Roberto Garofoli, Milano, Giuffr  editore, 2007, pag. 220.

ROSSANO, D., *L'ABF e la mediazione obbligatoria. Problematicit  di un coordinamento disciplinare*, in *ABF e supervisione bancaria, Atti del seminario tenutosi nell'Universit  Luiss Guido Carli di Roma il 23 novembre 2011*, Capriglione, F., Pellegrini, M. (a cura di), Milano, Cedam

RUPERTO, S., *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 03, 325

SBRESCIA, V.M., *L'Europa delle comunicazioni elettroniche. Regolazione e concorrenza nel nuovo assetto della governante economica europea*. Jovene Editore, Napoli, 2011

SEPE, M., *Brevi note sulla natura delle decisioni dell'ABF*, in *ABF e supervisione bancaria, Atti del seminario tenutosi nell'Universit  Luiss Guido Carli di Roma il 23 novembre 2011*, Capriglione, F., Pellegrini, M. (a cura di), Milano, Cedam

SEVERO SEVERI, F., *Le Autorità amministrative indipendenti. Aspetti problematici*, Giuffré, Milano, 1998

SICLARI, D., *Sull'indipendenza dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *ABF e supervisione bancaria, Atti del seminario tenutosi nell'Università Luiss Guido Carli di Roma il 23 novembre 2011*, Capriglione, F., Pellegrini, M. (a cura di), Milano, Cedam

SOLDATI, N., *Al vaglio l'obbligo del "previo esperimento"* in *Guida al diritto*, anno XVIII, n. 17 del 23 aprile 2011

TARALLO, A. *I Corecom e la risoluzione delle controversie tra operatori ed utenti in materia di telecomunicazioni*, in *Dir. econ. mezzi comunic.*, 2005, 451

TROIANO, V., *Sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in ambito bancario e finanziario e funzioni di vigilanza*, in *ABF e supervisione bancaria, Atti del seminario tenutosi nell'Università Luiss Guido Carli di Roma il 23 novembre 2011*, Capriglione, F., Pellegrini, M. (a cura di), Milano, Cedam

TROISI, C., *Autonomia privata e gestione dei conflitti. La mediazione come tecnica di risoluzione alternativa delle controversie*. Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007

ZUPPETTA, M., *Le autorità amministrative indipendenti: modello superato o consolidato?* Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2005